UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

DE LA TUTELLE DE FAIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

L'acte public sur les matières ci-après
sera présenté et soutenu
le 4 Mai 1934, à 14 heures

PAR

François DUBOIS

JURY :

MM. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Professeur.*
LENOAN, *Professeur, Président.*
TRASBOT, *Professeur.*

1934.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542712_0037

DE LA TUTELLE DE FAIT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

DE LA TUTELLE DE FAIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

L'acte public sur les matières ci-après
sera présenté et soutenu
le 4 Mai 1934, à 14 heures

PAR

François DUBOIS

JURY :

MM. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Professeur.*
LENOAN, *Professeur, Président.*
TRASBOT, *Professeur.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. — *Précis de Droit Romain,* 3me éd., Paris 1882.

AMIAUD. — *Traité-formulaire du notariat,* 7me éd., t. V.

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit Civil français.*

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de Droit Civil,* t. V.

BEUDANT (Charles). — *Cours de Droit Civil français* (publié par R. Beudan, son fils), Paris 1896.

BONNECASE. — *Science du Droit Civil.* Considérations sur son état présent.

BOURJON. — *Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris,* Paris 1770.

CHARDON. — *Traité des Trois Puissances,* Paris 1841, t. III.

CHAVEGRIN. — *De la protection de la fortune mobilière en Droit comparé,* Thèse 1907.
De la tutelle des mineurs en D. I. P., Revue critique de Législation et Jurisprudence 1883.

CUQ Edouard. — *Manuel des Institutions juridiques des Romains,* 2me éd.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit Civil français 1930,* t. I.

DELVINCOURT. — *Cours de Code Civil,* Dijon-Paris 1834.

DEMOGUE. — *Notions fondamentales de Droit privé.*

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon,* 30 vol., t. VII et VIII.

DOMAT. — *Lois Civiles,* liv. 1 et 2.

DURANTON. — *Cours de Droit français suivant le Code Civil*, 4me éd., Paris 1844-1845.

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris 1836.

DE FRÉMINVILLE. — *Traité de la minorité et de la tutelle*, Clermont-Ferrand 1846.

GARY. — *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, Thèse, Bordeaux 1931.

GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 8me éd. revue par Félix Senn 1929.

GLASSON. — *Eléments de Droit français*, Paris 1875.

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris 1892-1903.

JOSSERAND. — *Cours de Droit Civil positif français*, 1932, t. I., 2me éd.

LAMOIGNON. — *Recueil des Arrêtés.*

LAURENT. — *Principes de Droit Civil français*, 2me éd., Bruxelles 1876-1878.

Supplément aux principes, t. I., Jansens Servais et Leclerc 1898, t. II à VIII, 1901-1903.

LAURENT (J.-Ch.). — *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, Thèse 1931.

LOCRÉ. — *Procès-verbaux du Conseil d'Etat.*

LORY (A.). — *Etude sur la tutelle de fait*, Thèse, Poitiers 1909.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Précis de D. I. P.*, 2me éd., refondue 1933.

MAZEAUD. — *La maxime « error communis facit jus »*, Revue trimestrielle de Droit Civil, 1924.

MESLÉ. — *Traité des minorités, des tutelles et curatelles.*

MAYNZ. — *Cours de Droit Romain*, 3me éd., Paris 1874.

PETIT. — *Traité élémentaire de Droit Romain.*

PILLET (Antoine). — *Traité pratique de D. I. P.*, 1923, Grenoble-Paris.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit Civil*, 11me éd., 1928, t. I.

PLANIOL et RIPERT et SAVATIER. — *Traité pratique de Droit Civil français*, les Personnes, t. I., 1925.

POTHIER. — *Œuvres de Pothier*, 2me éd., Bugnet, Paris 1846

RAVAULT. — *Des actes accomplis par un titulaire apparent*, Thèse, Bordeaux 1925.

RAY. — *Essai sur la structure logique du Code Civil français.*

SUMIEN. — *Essai sur les tuteurs de fait*, Revue de Droit Civil 1903.

TROPLONG. — *Droit Civil expliqué. Traité de la Prescription*, 4me éd., 1857.

WEISS. — *Traité de D. I. P.*, 2me éd., 1913.

TABLE DES MATIÈRES

Problèmes d'actualité, théorie de l'apparence, notions de fait..... 13

PREMIERE PARTIE

CHAMP D'APPLICATION DE LA NOTION DE TUTELLE DE FAIT

A) Caractères généraux de cette notion..... 19
1° Genèse historique..... 22
2° Traits fondamentaux qui distinguent en Droit actuel cette notion des notions voisines (mandat, gestion d'affaires, tutelle de droit, tutelle putative) 35
B) Cas de tutelle de fait dans la pratique juridique.. 49
1) Ex parte tutoris..... 50
2) Ex parte pupilli..... 61
3) Hypothèses qui ne sont pas des tutelles de fait 87

DEUXIEME PARTIE

DE LA SANCTION DE LA TUTELLE DE FAIT

A) De la sanction de l'administration tutélaire..... 95
Responsabilité du tuteur de fait..... 101
Prescription 110
B) Des mesures de garantie et des sûretés en matière de tutelle de fait..... 115
Des mesures de garantie..... 116
Des sûretés..... 126

APPENDICE

Tutelle en D. I. P..... 135

CONCLUSION

Nécessité d'une réforme législative..... 147

INTRODUCTION

L'organisation actuelle de la Société nécessite l'existence d'une armature juridique qui discipline et réglemente l'activité humaine. Cette armature est l'œuvre de la loi qui s'applique à toutes les situations et donne les principes directeurs pour la solution des problèmes qui se présentent.

Le Code de 1804 n'est malheureusement pas aussi moderne qu'il le serait nécessaire, pour résoudre ces difficultés, les conditions économiques ayant varié d'une façon considérable au cours du XIX^e^ siècle. Aussi malgré un grand nombre de lois récentes rajeunissant le Code Napoléon, la loi n'a pas encore prévu certaines situations nouvelles qui sont la conséquence des transformations économiques.

Aussi la Jurisprudence, dans son rôle d'interprétatrice du Droit positif, rôle qui grandit chaque jour à mesure que l'on s'éloigne de la promulgation des lois, s'est trouvée en présence de ces situations non prévues par la loi. En cette occurrence, elle ne révolutionne pas; forcée de respecter les textes positifs, elle adapte et par elle le progrès juridique se développe dans un rythme naturel et suivant la ligne de la tradition.

C'est ainsi qu'il existe de nos jours plusieurs théories jurisprudentielles, dont certaines ont été consacrées par des textes de loi. Mais, même sans cette consécration législative, ces théories font autorité, et si elles ne lient pas les juges, elles les inspirent fatalement, d'autant plus que les revirements de la Jurisprudence sont très rares. Les raisons, qui ont inspiré les tribunaux et contribué à les maintenir dans cette voie, s'inspirent de l'ordre public. Il est, en effet, des circonstances qui produisent des conséquences juridiques et qu'il est par conséquent nécessaire de sanctionner.

Certaines de ces situations ont été assimilées totalement aux situations légales correspondantes : on se trouve alors en présence de cas auxquels s'applique la théorie de l'apparence. C'est ainsi que l'on rencontre des mariages putatifs, des tutelles putatives, des propriétaires apparents, des héritiers apparents. La Jurisprudence fait produire à ces situations des effets semblables à ceux provenant de situations de droit, et ce, en raison des difficultés que présenterait pour l'ordre public leur non-reconnaissance, car il faut, sous peine de troubler l'ordre social, « que l'apparence raisonnable du droit produise dans les rapports avec les tiers les mêmes effets que le droit lui-même » [1].

A la différence de ces situations qui retombent exactement sous le coup de la loi, certaines autres suivent aussi les principes du Code en y apportant cependant quelques dérogations, qui empêchent de les assimiler aux situations légales correspondantes, « l'erreur » telle qu'elle est comprise dans la théorie de

---

(1) DEMOGUE : *Notions fondamentales de Droit privé.*

l'apparence n'étant pas ici « invincible ». D'où il résulte en premier lieu une terminologie spéciale, correspondant aux termes « situation de fait » ainsi appelée par opposition aux situations de droit. L'expression « de fait » se trouve ainsi accolée aux termes définissant les différentes hypothèses rencontrées dans la pratique : il y a ainsi des puissances paternelles de fait, tutelles de fait, comptables de fait, sociétés de fait et faillites de fait.

L'étude de ces situations montre l'inexactitude de cette terminologie puisque, depuis leur reconnaissance par la Doctrine et la Jurisprudence, elles produisent des effets presque identiques à ceux que le Code a déterminé.

Nous allons étudier la tutelle de fait et nous verrons que l'on peut l'assimiler à bien des points de vue à la tutelle légale.

PREMIÈRE PARTIE

Champ d'application de la notion de tutelle de fait

CHAPITRE PREMIER

Caractères généraux de cette notion

La tutelle de fait est une tutelle irrégulière, qui, malgré l'action constante de la Doctrine et de la Jurisprudence, prête encore à discussion. Il nous a paru bon, avant de préciser cette notion et de déterminer les règles qui lui sont applicables, de commencer cette étude par un examen attentif des textes du Droit Romain et de l'Ancien Droit. C'est d'ailleurs la méthode qu'ont employé les commentateurs du Code Civil dans la recherche des solutions les plus équitables du droit à donner aux problèmes posés par la vie moderne.

Mais cette méthode historique se révéla bien souvent insuffisante, par suite du changement des mœurs et de la civilisation. Il est impossible, en effet, de fonder une solution déterminée en Droit actuel sur des idées soutenues au Moyen-Age, sinon on risque d'aboutir à des confusions inextricables; ce qui ne veut pas dire qu'une solution actuelle ne puisse être conforme

à une solution ancienne; mais cette correspondance sera due au fait qu'elle traduit une manifestation concrète de l'élément permanent du droit, des constantes du droit.

C'est la raison pour laquelle s'est fondé une nouvelle méthode dite scientifique ou organique qui a substitué la conception organique de la science du droit à la conception historique [1]. Celle-ci, manifestation de « l'humanisme juridique » est dépassée par la conception scientifique.

La conception organique part de cette idée que sous le rapport de l'élément expérimental du droit, chaque époque se donne des règles positives qui cadrent à la fois avec les mœurs du moment, l'orientation générale des esprits et les exigences variables de chaque époque. La conception organique s'incline, en présence d'un texte de loi, devant sa formule littérale, et à défaut de signification précise, devant le but social poursuivi par ses rédacteurs. C'est ce but qui nous guidera dans la recherche des principes à appliquer à la tutelle de fait.

Mais il arrivera que ces moyens d'investigation ne donnent pas de résultat positif, ou qu'il n'existe pas de loi; il faut alors aller puiser directement les directives nécessaires dans les données fournies à jet continu par les sources réelles des règles du droit et des institutions juridiques. L'élément historique perd donc de l'importance, mais il doit être pris en considération au même titre que l'élément économique ou philosophique.

---

(1) GARY : *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, Thèse Bordeaux 1931, p. 287.

On recherchera donc dans le Code les textes épars qui donneront une idée de ce que les rédacteurs ont eu l'intention de définir et de régir. On en tirera les solutions implicites qui y sont contenues. Grâce à l'observation de toutes les conditions d'ordre pratique, doctrinal, scientifique, le juriste arrivera aux solutions qui correspondent aux réalités de la vie. Et c'est à ce point de vue que le rôle de la Jurisprudence est considérable : dans son interprétation des lois, elle devra adapter aux circonstances actuelles des textes qui datent d'une autre époque. Car les textes vieillissent en face des changements intervenus dans la vie économique, et c'est à leurs interprètes de les adapter à la vie moderne, car ainsi que l'a enseigné M. Bonnecase : « Les sources réelles sont constamment en pleine production et ne sont nullement arrêtées par l'existence même d'une codification » [1].

Mais si certaines institutions ont disparu avec le temps ou ont subi de telles transformations qu'elles ont perdu leur caractère primitif, par contre, il en est certaines qui, depuis le Droit Romain, sont restées identiques et obéissent encore aux mêmes principes, leur raison d'être étant restée la même.

C'est la raison pour laquelle la méthode historique présentera en certains cas un intérêt considérable, car les constantes du droit étant les mêmes, les solutions sont identiques.

La tutelle est une de ces institutions qui a conservé depuis le Droit Romain classique les mêmes caractères et est demeurée la même jusqu'à nos jours. Aussi

---

(1) Bonnecase : *Science du droit civil. Considérations sur son état présent*, p. 20.

ferons-nous précéder notre étude sur la tutelle de fait d'une étude historique en Droit Romain et dans l'Ancien Droit, ce qui nous permettra d'en dégager plus facilement les caractères actuels et les règles qui s'y appliquent.

Section I

GENESE HISTORIQUE

La tutelle de fait en Droit Romain

Le Droit Romain primitif instituait la tutelle sur les incapables : femmes et impubères *sui juris*, uniquement dans l'intérêt du tuteur. Celui-ci acquérait non pour le pupille, mais pour lui-même; il devenait personnellement propriétaire, créancier, débiteur.

Mais avec les transformations sociales, ce droit primitif subit une évolution parallèle aux changements introduits dans la constitution de la famille. Le caractère de la tutelle se modifie complètement : l'intérêt du mineur est placé en première ligne et la loi intervient pour fournir des tuteurs aux incapables : lois Attilia et Julia Titia; de plus le préteur oblige les tuteurs à administrer dans l'intérêt de leurs pupilles. Si bien que dans le dernier état du Droit Romain, la tutelle a le même caractère qu'en Droit moderne. Les obligations du tuteur reviennent à celles-ci : conserver et, dans la mesure du possible, augmenter la fortune de leur pupille.

Mais à côté de cette tutelle régulière apparaissent certaines situations irrégulières qui, dans le Droit actuel, ont pris le nom de tutelle de fait.

Tout d'abord, on trouve de nombreux textes relatifs à la continuation par le tuteur de la gestion du patrimoine du pupille après la majorité de celui-ci.

« Si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit », dit un fragment du Digeste, « ut sibi curatores peteret (sacris enim constitutionibus hoc facere jubetur, qui tutelam administraverit) an tutelae judicio teneatur? Et magis puto, sufficere tutelae judicium quasi connexum sit hoc tutelae officio, quamvis post pubertatem admittatur » [1]. Si donc le tuteur ne provoque pas, à l'arrivée du mineur à la puberté, la nomination d'un curateur, il manque aux obligations que lui impose la tutelle. D'où la conséquence que les actes d'administration, que ferait l'ex-tuteur pendant cette période, sont régis par les règles de la tutelle et que le tuteur est de ce chef passible de l' « actio tutelae ». De plus, les obligations qui en résultent à charge du tuteur sont grevées du « privilegium exigendi » et garanties par une hypothèque légale : qui est une hypothèque générale sur les biens des tuteurs et curateurs en raison de leur gestion [2].

A côté de ce fragment très explicite du Digeste, on peut placer un autre texte qui lui aussi décide que la gestion du tuteur, après la puberté du mineur, est soumise aux conséquences de la tutelle. « Si tutor,

---

(1) Fr. 5, § 5, *D. de adm. tut.* 26, 7.

Traduction de cet exemple, donné par Ulpien, par M. de Bréard-Neuville. Pothier R. J. Pandectes de Justinien traduites. « Si un tuteur n'a pas averti son pupille, devenu pubère, de se faire donner des curateurs, comme le lui ordonnaient les constitutions des princes, l'action de la tutelle aura-t-elle lieu par rapport à ce qui aura été administré dans cet intervalle? Je pense qu'il faut dire que cette action suffit pour une administration qui était une suite de celle de la tutelle, encore que celle-ci eût dû finir à la majorité du pupille. »

(2) GIRARD.

dit la loi 13. D. de tut. et ration. distrah., post pubertatem pupilli negotia administraverit, in judicium tutelae veniet id tantum sine quo administratio tutelae expediri non potest... Et est verum ea qua connexa sunt venire in tutelae actionem. Sed et illud est verum, si coeperit negotia administrare post tutelam finitam, devolvi judicium tutelae in negotiorum gestorum actione. » Ce texte, un peu plus restrictif que le fragment du Digeste cité plus haut, donne la juste mesure d'après laquelle est appréciée la gestion de l'ex-tuteur: il précise que le tuteur est responsable, après la puberté du pupille, des actes d'administration connexes à sa gestion avant la puberté. C'est le sens qu'il convient d'attacher ici aux mots « administratio (ea) connexa ». D'après cette opinion, il n'y aurait que les actes qui se rattachent à la période tutélaire proprement dite, c'est-à-dire les actes qui, commencés pendant cette période, se sont terminés pendant la gestion post-tutélaire, et dont les conséquences se sont réalisées seulement après la puberté, qui seraient régis, au point de vue de la responsabilité de l'ex-tuteur, par les règles de la tutelle.

D'autres textes relatifs à cette hypothèse de tutelle de fait tirent les conséquences des règles qui doivent lui être appliquées, notamment les lois 4, 46 § 3 et 47 § 15 qui déterminent la façon dont doivent être comptés les intérêts des sommes que doit le tuteur : « Quaesitum est an ejus pecuniae qua tutor usus est, in diem judici accepti easdem usuras praestare debeat? Paulus respondit : Finita administratione, eas usuras debere computari, quae in tutelae judicio computantur. »

Mais d'autres hypothèses de tutelle de fait se rencontrent encore dans le Droit Romain, hypothèses

que nous retrouverons dans le Droit actuel avec les mêmes caractères.

Tout d'abord l'hypothèse d'une tutelle indûment conservée par la mère tutrice qui se remarie sans convoquer le conseil de famille. Au cas de remariage de la mère tutrice, celle-ci perdait la tutelle de plein droit. Mais si elle ne faisait pas nommer à ses enfants un nouveau tuteur, son nouveau mari devenait cotuteur de fait et était responsable avec elle de la gestion qu'elle avait gardée. La loi romaine étendait même au passé les effets de l'hypothèque qui affectait les biens du mari cotuteur de fait. « Si mater, précise la loi C. C. In quib. causis, ...legitime liberorum tutela suscepta, ad secundas contra sacramentum praestitum adspiraverit nuptias antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque quod debetur ex ratione tutelae gestae persolverit, mariti quoque ejus praeteritae tutelae gestae ratiociniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia. »

L'hypothèse que l'on rencontre le plus fréquemment en Droit Romain est la protutelle qui est la gestion, par une personne qui n'est point tutrice, du patrimoine pupillaire, gestion qui pouvait être indifféremment de bonne ou de mauvaise foi [1] et dont le Digeste donne la définition suivante : « Pro tutore autem negotia gerit, qui numere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse finget tamen » [2]. Mais pour qu'il y eut protutelle, il fallait l'existence de l'intention de gérer le patrimoine du

(1) Tit. D. *de eo qui pro tutore prove curatore negotia, gerit*, 27, 5. Tit. C. *de eo qui pro tutore negotia gerit* 5, 45.

(2) L. 1, § 1 D. *de eo qui pro tut.*

pupille en tant que tuteur, car « celui qui veut être regardé comme tuteur agit comme tuteur », précise Justinien [1].

Il semble que l'on ait dû discuter sur le point de savoir quelles règles seraient appliquées à cette tutelle irrégulière. Justinien, vraisemblablement pour les mêmes raisons que celles qui existent actuellement, affirma le premier la nécessité de faire régir la protutelle par les principes de la tutelle. Il décide que « celui qui a fait les affaires d'un pupille sur le mandat de son tuteur, n'étant pas réputé avoir fait les affaires du tuteur, sera tenu à l'action de la gestion d'affaires envers le pupille » [2]. Dans ce cas, le mandataire était regardé comme gérant et non comme tuteur et par conséquent n'avait pas contre lui l'action protutelae. Par contre le protuteur devait apporter à l'administration la même diligence que le tuteur, payer les intérêts des sommes qu'il avait touchées et rendre ses comptes, obligations qui furent sanctionnées par les actions directa et contraria protutelae : innovation réalisée par voie d'interpolation dans Ulpien. Ce sont ces actions que Justinien substitua à l'action de gestion d'affaires utile, qui sanctionnait primitivement les obligations du protuteur, et au contrarium judicium par lequel le protuteur pouvait se faire tenir compte de ses avances.

La formule même de l'action de tutelle contenait cette hypothèse de gestion par un tiers : « Ut, sive tutor est, sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur. »

---

(1) (2) Pothier R. J. : Pandectes de Justinien traduites par de Bréard-Neuville, tome III, 1re partie, § 21, p. 255.

Ces actions protutelae sont donc analogues aux actions de tutelle, avec cette différence cependant qu'elles ne peuvent être intentées avant que le pupille soit sorti de tutelle. C'est ainsi que le pupille jouit contre son protuteur du privilegium exigendi et que la responsabilité de ce dernier est la même que celle dont était chargé le tuteur; il est donc tenu de toute faute dans son administration. Les actes qui exigent l'auctoritas du tuteur et que le pupille fait avec l'auctoritas d'une personne, qui n'est point son tuteur, ne sont pas obligatoires pour le mineur, sauf bien entendu l'exceptio doli que peut opposer le tiers contractant, quand le pupille a tiré profit de l'acte. « Debitores solvendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia in rem pupilli pervenit » [1]. Donc si l'exceptio doli n'est pas recevable, le pupille pourra poursuivre de nouveau l'exécution des créances dont se seraient déjà libérés les débiteurs et demander un second paiement. Il pourra aussi revendiquer les choses aliénées par le protuteur.

En cas de procès entre le pupille et des tiers, si c'est un faux tuteur qui a représenté le pupille, le jugement que les tiers ont pu obtenir est évidemment sans objet et il pouvait arriver que, par suite de la procédure, ils perdent entièrement leur droit d'action, conséquence qui se produisait d'une façon générale en Droit Romain primitif, au moins pour les actions personnelles, à cause de la novatio opérée par la litis-contestatio et par le jugement. Dans le Droit nouveau, les édits des prêteurs remédièrent à cette mesure injuste, en décidant que les tiers ne perdraient leur

(1) Fr. 88, D. h. t. 27, 5.

droit d'action, que si le temps de la prescription ou de l'usurpation s'était accompli, avant qu'ils aient découvert le défaut de qualité du protuteur. Et même, en cas de besoin, le prêteur accordait aux tiers lésés de bonne foi la restitution en entier : « Ait Pretor : si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem » [1].

De plus quand il était démontré que le faux tuteur était de mauvaise foi, le prêteur accordait aux tiers une action in factum, à l'effet de le faire condamner aux dommages et intérêts, action qui se prescrivait par une année utile et ne pouvait être intentée que contre la personne même du coupable, et non contre ses héritiers. « Novissime Pretor ait : in eum qui cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur judicium dabo : ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur » [2].

Il se trouve aussi dans le Droit Romain certains textes relatifs au falsus tutor : ainsi Tit. D. quod falso tutore gestum esse dicatur 27, 6.

Doit-on considérer ce falsus tuteur comme un protuteur et lui appliquer les principes de la tutelle? Certains auteurs semblent voir dans les deux appellations un même fait, à savoir la gestion du patrimoine d'un mineur par une personne qui n'est pas tutrice, avec cette différence que le terme protutor serait employé quand il s'agit des rapports entre le pupille et celui qui gère comme tuteur, et celui de falsus tutor quant aux rapports entre celui qui gère comme tuteur et les tiers qui ont contracté avec le pupille.

---

(1) Fr. 1, § 6. D. h. t. 27, 5.

(2) Fr. 7. D. eodem.

D'après d'autres, le falsus tutor serait celui qui, n'étant pas tuteur, interposerait son autorité, tandis que la qualification de protuteur serait réservée à celui qui ne fait que des actes de gestion.

Faut-il suivre l'opinion de Maynz qui soutient que le mot falsus tutor n'était employé que dans le cas où le protuteur aurait agi de mauvaise foi. Cet auteur se base pour soutenir cette idée sur l'étymologie du mot falsus, et sur le fait qu'il n'est pas question de falsus tutor dans les rapports entre le pupille et le protuteur, la question de mauvaise foi étant indifférente dans ce cas [1]. Cette explication est ingénieuse et tendrait à faire endosser au falsus tutor une responsabilité plus grande : il serait tenu de sa culpa levis in abstracto, alors qu'en général, d'après Justinien, il n'est responsable que de sa culpa levis in concreto.

Il semble bien que, quelle que soit l'opinion que l'on adopte au sujet du falsus tutor, les règles qui devaient s'appliquer, en cas de gestion pupillaire de sa part, aient été les mêmes que celles qui régissaient l'administration du protuteur. Le falsus tutor devait donc être assimilé à un vrai tuteur, tout au moins quant à l'intérêt du mineur, pour la gestion de son patrimoine et les garanties qui s'y rapportaient.

Mais de même que le protuteur, le falsus tutor ne devait pas être assimilé complètement à un vrai tuteur, notamment quant aux mesures édictées en faveur de celui-ci. C'est ainsi que ni le protuteur, ni le falsus tutor n'ont l'action furti, bien qu'ils soient

---

(1) Maynz : *Cours de Droit Romain*, t. III, § 349.

responsables des objets volés : ils peuvent seulement demander la cession de l'action, cession que le prêteur leur accordera dans les cas où ils pourront prouver leur bonne foi.

De toutes ces hypothèses de tutelle de fait admises par le Droit Romain, il ressort que celui-ci, dans son dernier état, assimilait le tuteur de fait à un vrai tuteur à tous les points de vue qui favorisaient le mineur, mais lui refusait le bénéfice des mesures édictées en faveur du tuteur. C'est là une nouvelle manifestation de l'idée de protection du mineur en tutelle et une preuve de plus que la tutelle était devenue, dans le Droit Romain, une institution uniquement destinée à sauvegarder les intérêts du pupille. Et c'est la raison pour laquelle les auteurs et la Jurisprudence moderne ont adopté dans son ensemble la théorie romaine de la protutelle. Aussi quand des difficultés se présenteront, nous reporterons-nous au Droit Romain, qui sera un guide précieux dans la recherche de la solution à donner à ces problèmes.

La tutelle de fait dans l'Ancien Droit

Suivant la tradition romaine, l'Ancien Droit a admis cette tutelle extra-légale qu'est la tutelle de fait. C'est ainsi que nos anciens auteurs enseignent qu'il y a tutelle de fait en cas de convol de la mère tutrice, qui ne convoque pas le conseil de famille, et cotutelle de fait du second mari. « Si la mère, tutrice de ses enfants, convole en secondes noces, lit-on dans Domat [1], sans avoir fait nommer un tuteur, rendu

(1) Domat : *Lois Civiles*, 1re part., liv. 2, tit. I, n° 37.

compte de son administration et acquitté ou assuré ce qu'elle pouvait leur devoir, les biens de son second mari seront hypothéqués envers le mineur pour tout ce qui se trouvera dû par le compte, tant pour le passé que pour l'avenir ».

Pothier, dans son traité de l'Hypothèque, tire de ce cas de tutelle de fait toutes les conséquences qu'il comporte : hypothèque sur les biens du second mari et responsabilité étendue aux actes de gestion antérieurs au mariage de la mère. Il considère donc cette responsabilité comme une espèce de pénalité civile dont la loi frappe le mari pour n'avoir pas suggéré le geste à accomplir à son épouse, sur laquelle vraisemblablement son influence s'est exercée dès avant le moment précis de leur mariage.

Cette tutelle irrégulière, admise par Pothier et Domat, est la même que celle qui se rencontrait en Droit Romain et qui sera reprise plus tard par les rédacteurs du Code Civil. Et l'on verra que, surtout quant à la responsabilité du mari cotuteur, l'autorité des deux auteurs précités sera souvent invoquée par les partisans de la responsabilité étendue du second mari.

Mais l'Ancien Droit n'a pas connu que cette seule hypothèse de tutelle de fait. Il a aussi appliqué les règles de la tutelle à la personne qui prenait sans droit l'administration du patrimoine pupillaire.

Meslé, partant de l'obligation de secours, donne comme principe que toute personne, qui est entrée dans l'administration du patrimoine pupillaire, est tenue comme tutrice et doit rendre compte de sa ges-

tion. Et dans son exposé du Droit des pays de Coutumes, il s'est attardé sur cette théorie de la protutelle à propos de la garde.

Il enseigne que le gardien doit être considéré comme le protuteur du mineur par rapport aux biens dont il n'a pas la garde. Le gardien, en effet, est un vrai tuteur dont le pouvoir est restreint, dans les termes de la Coutume, quant à tout ce qui pourrait faire préjudice au mineur. Or la Coutume ne donnait la garde que par le décès d'un des père et mère, et étaient exclus de cette garde tous les biens, qui appartenaient au mineur autrement que par la mort de celui des père et mère, dont le décès avait donné lieu à l'ouverture de la garde. Mais comme le mineur ne doit pas demeurer dépourvu de protection, « dans tous les cas où le mineur a des biens qui ne tombent point en garde, si le gardien n'est pas un tuteur qui puisse être forcé malgré lui à gérer les biens qui ne sont point de la garde, il est au moins protuteur et chargé d'administrer les biens qui ne sont point de la garde, à la charge d'en rendre compte, jusqu'à ce que le mineur ait été pourvu de tuteur » [1].

De même Pothier, reprenant les Pandectes de Justinien, admet avec lui et avec la plupart de nos anciens auteurs l'existence d'une tutelle de fait dans le cas d'un tiers qui, sans être tuteur, en remplit les fonctions, soit qu'il ait cru par erreur être tuteur, soit qu'il ait su qu'il ne l'était pas [2].

---

(1) Meslé : *Traité des Minorités, tutelles et curatelle*, p. 446, n° 28.

(2) Pothier : *des Hypothèques*, ch. I, sect. 1, n° 3.

Enfin dans l'Ancien Droit, on voit encore une tutelle de fait dans la gestion continuée par le tuteur après la majorité du pupille. En principe, les obligations que la tutelle impose aux tuteurs cessent de plein droit avec leurs fonctions; mais si le ci-devant tuteur avait, sans s'en rendre compte, conservé de fait l'administration du patrimoine du pupille, il demeurait soumis à toutes les obligations dérivant de la tutelle. Cette façon de voir a toujours été admise par notre ancienne jurisprudence. C'est ce que dit Lamoignon dans ses Arrêtés : « Si depuis la tutelle finie, le tuteur continue à recevoir et à administrer les biens, ce qu'il aura ainsi reçu et géré entrera dans le compte de tutelle et sera sujet aux mêmes hypothèques et conditions de l'administration faite durant le cours de la tutelle » [1]. Et plus loin : « L'hypothèque acquise aux mineurs sur les biens de leurs tuteurs, curateurs et protuteurs, continue même pour ce qui a été géré après la majorité et la fin de la tutelle, jusqu'à la clôture et apurement du compte » [2].

Meslé affirme lui aussi comme certain « que le tuteur, après la puberté, est obligé de continuer la gestion jusqu'à ce qu'il ait fait nommer un curateur au mineur » [3]. Pour lui cette tutelle irrégulière est obligatoire à cause de la protection due au mineur qui, arrivant à la majorité, n'est pas au courant de ses affaires et à qui on doit, pour le guider, nommer un curateur, institution sage s'il en fût et que l'Ancien Droit a emprunté au Droit Romain.

---

(1) Lamoignon : *Recueil des Arrêtés*, 1re part., tit. IV. *Des Tutelles*, art. 130.

(2) » *Des Hypothèques*, art. 78, p. 130.

(3) Meslé : *Traité des Minorités, Tutelles et Curatelles* p. 224

Bourjon exprime aussi la même opinion dans l'article 151 : « Si après la majorité du pupille, le tuteur avait continué de recevoir et d'administrer, cette administration prorogée l'assujettit à tous les engagements des tuteurs; s'il s'est par son propre fait assujetti à cela, c'est la prorogation de tutelle qui doit produire tout son effet contre lui et c'est son fait même qui fonde cette prorogation » [1]. Il ajoute, dans les articles suivants, que cette opinion résulte de l'Ordonnance de 1667 qui répute en ce cas l'ex-tuteur, comme continuant à le demeurer jusqu'à ce qu'il ait rendu compte, et il en tire les mêmes conséquences : reddition des comptes de ce qu'il a reçu depuis la majorité et hypothèque en garantie de ce qu'il doit. Bourjon explique cette solution par l'ignorance que le pupille a de ses droits : si celui-ci, en effet, lors de son arrivée à la majorité, n'a pas été instruit par son tuteur et que celui-ci conserve l'administration du patrimoine pupillaire, il semble bien qu'on ne puisse enlever à l'ex-pupille, quant à cette administration prolongée, les garanties que lui donne la loi en cas de gestion tutélaire et c'est bien ce qu'avait compris l'Ordonnance de 1667 qui, la première, parle de cette ignorance et impuissance du pupille devenu majeur. C'était d'ailleurs l'idée romaine, qui exigeait qu'à la majorité du pupille, il fût nommé un curateur qui se fit rendre les comptes de tutelle en présence de l'ex-mineur et l'assistât de son expérience.

Meslé, à propos des intérêts dus par le tuteur, soutient la même doctrine : « Tant et si longtemps que le

(1) Bourjon : *Droit de la France*, t. I, titre IV, p. 64

compte n'est pas rendu, le tuteur demeure sujet aux intérêts envers le mineur, la tutelle durant toujours » (1).

Par contre l'Ancien Droit s'est toujours montré réfractaire à l'assimilation des héritiers du tuteur à des tuteurs de fait. Les héritiers du tuteur doivent seulement veiller à la conservation des intérêts du mineur. Domat et Meslé enseignent qu'ils devront faire procéder à l'élection d'un nouveau tuteur, et jusqu'à ce qu'il ait été nommé, continuer l'administration de la tutelle; de plus ils ne seront tenus en leur nom propre que s'il y a eu dol de leur part et ne seront pas responsables de leur simple négligence. Les intérêts des deniers pupillaires qu'ils auront maniés seront arbitrés par le juge et non déterminés par la loi de la tutelle.

Section II

TRAITS FONDAMENTAUX QUI DISTINGUENT EN DROIT ACTUEL CETTE NOTION DES NOTIONS VOISINES

S'inspirant de la tradition romaine et de la doctrine de nos anciens auteurs, les rédacteurs du Code de 1804 se sont aussi occupés de la tutelle de fait. Malheureusement, au lieu de codifier les règles de la protutelle et d'en définir la nature, ils n'ont pensé qu'à une hypothèse de tutelle de fait.

Visant dans l'article 395 le cas de la mère remariée qui n'a pas convoqué le conseil de famille pour se faire maintenir dans la tutelle, l'al. 2 précise : « A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle

---

(1) Meslé, p. 221.

de plein droit, et son mari sera responsable des suites de la tutelle indûment conservée ».

C'est le seul article du Code qui se rapporte à la tutelle de fait, aussi est-ce lui qui doit nous fournir le critérium nécessaire à la détermination des cas de tutelle de fait. Toute tutelle irrégulière, en effet, n'est pas une tutelle de fait. Le Droit Romain, qui la qualifiait beaucoup plus justement de protutelle, exigeait une gestion par une personne sans droit : tiers qui gérait sans titre, mère tutrice destituée, ex-tuteur qui continuait son administration après la puberté de son pupille.

Aussi est-ce ce caractère que l'art. 395 met en évidence : il faut que la tutelle soit « indue », que la personne qui l'exerce ne soit pas qualifiée ou que celle qui l'a conservée ne réunisse plus les conditions exigées par la loi. L'irrégularité de la tutelle de fait ne consiste donc pas dans l'absence d'une formalité lors de la passation d'un acte par le tuteur, telle que l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal, ni dans le fait que la loi a prévu une situation spéciale, qui est une dérogation aux principes de la tutelle, telle qu'une tutelle provisoire.

Il faut chercher le critérium de la tutelle de fait dans la personne même du tuteur : quand il y a tutelle indue, quand le tuteur exerce une administration pupillaire sans droit, il y a tutelle de fait. Dans cette acception rentre donc une notion plus précise, qui nous guidera dans le choix des règles qui s'appliquent à ce genre de tutelle : la faute du tuteur de fait ou tout au moins sa négligence.

Mais en plus de ce caractère primordial, rentre aussi, dans la notion de tutelle de fait, l'idée de ges-

tion générale et constante du patrimoine pupillaire. Il ne faut pas, en effet, que cette administration irrégulière se réduise à quelques actes de gestion isolés, ou alors ce serait une gestion d'affaires. Il faut que l'administration du tuteur de fait porte sur un ensemble d'actes et qu'elle ait une certaine durée.

Mais si ces caractères de la tutelle de fait existent en Droit Français de même qu'en Droit Romain, certaines conditions, qui étaient exigées par la tradition romaine, ne sont plus requises maintenant. C'est ainsi que dans l'ancienne acception, n'était considéré comme protuteur que celui qui, sans avoir le titre légal, en remplissait les fonctions, soit qu'il ait usurpé cette qualité, soit qu'il pensât de bonne foi qu'elle lui appartint. Et c'est dans ce sens que la Cour de Cassation, le 11 Novembre 1811, jugeait que des cohéritiers, lors même qu'il se trouverait parmi eux des femmes mariées et des mineurs, ne tenaient de la loi aucun droit hypothécaire, soit exprès, soit tacite, sur les biens de leur cohéritier qui s'est ingéré dans l'administration de la succession commune, pour la garantie des droits qu'ils pourraient avoir contre lui à raison de cette gestion.

La notion de tutelle de fait du Droit Romain a été élargie dans l'intérêt du mineur, et maintenant est considéré comme tuteur de fait toute personne qui s'est emparée indûment de l'administration du patrimoine pupillaire, alors même qu'elle n'a pas considéré seulement l'intérêt de l'incapable. Les auteurs sont d'accord sur ce point et la Jurisprudence a confirmé à diverses reprises cette interprétation [1].

---

(1) Riom, 24 avril 1827, S. 28. 2. 203.
Alger, 5 mai 1896, D. P. 99. 2. 409.

C'est ainsi que la Cour de Riom a jugé que le majeur qui, au décès de ses père et mère, s'est emparé de la totalité de leur succession, même de la part revenant à son cohéritier mineur, en a géré les biens, peut, par suite de cette gestion, être considéré comme étant devenu le protuteur du mineur. Cet arrêt est ainsi contradictoire à celui rendu par la Cour de Cassation le 11 Novembre 1811 et a été suivi depuis par une jurisprudence constante.

Partant de cette idée que la tutelle de fait est l'administration du patrimoine pupillaire par une personne qui n'y a aucun droit, la doctrine et la jurisprudence font rentrer dans la catégorie des tutelles de fait des cas non prévus par le Code Civil : subrogé-tuteur qui gère à la place du tuteur, tiers qui prend en mains l'administration des biens du mineur, tuteur destitué ou démissionnaire qui continue cependant la gestion commencée, et enfin une dernière hypothèse, très discutée celle-ci : la gestion par le tuteur après la majorité du pupille.

Toutes ces hypothèses ont été qualifiées de tutelle de fait, la jurisprudence ayant proclamé à différentes reprises que le législateur avait prévu l'hypothèse de la tutelle de fait : « il résulte de la disposition de l'art. 395 du Code Civil, dit l'arrêt de Limoges du 22 Juillet 1822 [1], que la loi reconnaît une tutelle de fait. » La Jurisprudence prend donc comme base l'art. 395 et de là elle en étend l'application aux hypothèses qui se présentent.

Mais si le législateur a institué dans l'art. 395 un cas de tutelle de fait, il n'a pas déterminé les règles que ce genre de tutelle devrait suivre. Le Code Civil

(1) Limoges 17 juil. 1822. S. 1822. 2. 98.

fixe la responsabilité du mari co-tuteur du fait, mais ne dit rien quant au régime de cette tutelle indue.

Des règles spéciales n'étant pas édictées par la loi, il faut se reporter aux principes généraux du Code Civil et en cette matière, nous aurons à choisir entre l'application des principes du mandat, de la gestion d'affaires ou de la tutelle.

Certains auteurs ont enseigné qu'il y avait lieu d'appliquer à la tutelle de fait les règles du mandat ou de la gestion d'affaires suivant les cas. Au point de vue conséquences pratiques, cette qualification a peu d'importance, étant donné que le quasi-contrat de gestion d'affaires est peu différent du contrat de mandat, différence d'ailleurs qui disparaît lors de la ratification par le géré de l'affaire passée pour son compte par le gérant, puisque la gestion d'affaires se transforme en ce cas en mandat.

Au contraire l'application au tuteur de fait des règles du mandat et de la gestion d'affaires, ou de la tutelle a une grande importance pratique, les garanties du mineur n'étant pas les mêmes suivant la nature de la tutelle de fait.

En dehors de l'hypothèse de continuation de la gestion par le tuteur après la majorité du mineur, il semble difficile de voir dans le tuteur de fait un mandataire tacite. En effet, la théorie romaine, d'après laquelle la connaissance acquise par le maître équivaut à un mandat, n'est pas admise par le Droit français moderne, si bien qu'en cas de tutelle de fait, le mineur étant incapable de donner mandat à une personne, et le concours de deux volontés étant exigé pour la validité d'un contrat, on ne peut dire qu'il y a là mandat tacite.

Le système qui propose de voir dans le tuteur de fait un gérant d'affaires est beaucoup plus défendable, en théorie tout au moins. C'est dans ce sens que la Cour d'Alger [1] se prononçait, lors de la gestion protutore par un tiers des biens d'un mineur, et l'intérêt est considérable de savoir si cet arrêt doit être suivi. En effet, le législateur a édicté certaines mesures de protection en faveur du mineur en tutelle; celui-ci est protégé par les art. 450, 907 et 911 du Code Civil qui frappent le tuteur de certaines incapacités; les art. 455 et 456 Code Civil déterminent les précautions à prendre, pour empêcher le détournement des biens du mineur; d'autres dispositions l'obligent à rendre son compte de tutelle et dérogent à cet égard au droit commun; une hypothèque légale est instituée sur les biens du tuteur et sa responsabilité est beaucoup plus grave que celle d'un simple administrateur; enfin une prescription spéciale est établie par l'art. 475 C. C. Quant aux formalités qui entourent les actes passés par le tuteur pour le compte du mineur, il est évident que le tuteur de fait, qui de bonne ou de mauvaise foi, passe ces actes, négligera de se munir des autorisations nécessaires et de remplir les formalités exigées. Autrement s'il adresse au conseil de famille ou au tribunal pour l'autorisation ou l'homologation d'un de ces actes, ces organes de surveillance s'apercevront que le tuteur est dans une situation irrégulière, et prendront les mesures nécessaires à son remplacement par un tuteur légal.

Toutes ces dispositions, édictées dans l'intérêt du mineur en tutelle, sont-elles applicables au cas de

(1) Alger, 5 mai 1896, D. P. 99. 2. 409 et note de Pic.

tutelle de fait? Il est bien évident que dans l'affirmative, le mineur jouira d'une protection aussi efficace qu'en cas de tutelle légale. Or la tutelle n'est-elle pas avant tout une institution organisée pour la protection de la personne et des biens du mineur? Et dans la tutelle de fait, n'y a-t-il pas, comme dans la tutelle de droit, un mineur auquel doivent s'appliquer les règles du Code Civil? Ce n'est pas parce que le tuteur de fait est une personne sans droit, qui s'est emparée de l'administration pupillaire, qu'il faut enlever au mineur les garanties que la loi lui accorde quand il est dans une situation régulière.

Si l'incapable a comme tuteur une personne qui n'y a pas droit, il n'en est pas responsable. Il y a au contraire, dans la plupart des cas de tutelle de fait, faute de la part de ce tuteur extra-légal. On voudrait donc faire supporter au mineur le poids de la faute de son tuteur, en lui enlevant les garanties de la tutelle, et le tuteur de fait aurait de plus toutes facilités de dépouiller le mineur, par une administration malhonnête, qui ne pourrait être sanctionnée lors de la reddition du compte de tutelle, le tuteur de fait ayant pu entre temps se rendre insolvable pour se dérober à la demande en dommages-intérêts du mineur.

A cet argument péremptoire s'en ajoutent d'autres qui, pour être moins décisifs, n'en sont pas moins concluants.

Reportons-nous d'abord au Code Civil dans l'article 395, qui est le seul texte en la matière, et détermine la responsabilité du second mari en décidant qu'il sera tenu « des suites de la tutelle indûment conservée ». Pourquoi le législateur a-t-il qualifié de tutelle cette administration de la femme, alors qu'il avait

à sa disposition des termes beaucoup plus généraux, sinon qu'il entendait que l'on appliquât à cette hypothèse les principes de la tutelle. Il est vrai que cette hypothèse étant celle d'une continuation de la tutelle, la plupart des difficultés s'y rapportant seront tranchées par les dispositions générales de la tutelle, puisque la plupart des actes, faits pendant cette gestion, ne seront que la suite de ceux entrepris pendant la tutelle légale et qu'au contraire, dans la plupart des autres hypothèses, le caractère illégal de la tutelle de fait commence avec cette tutelle. Cet argument ne nous paraît pas probant, car que la gestion des biens du mineur ait été conservée ou qu'elle ait été prise indûment, il y a avant tout un mineur qu'il s'agit de protéger d'une façon efficace.

Certains auteurs [1] cependant se sont montrés défavorables à une assimilation du tuteur de fait au tuteur de droit. Il ne leur a pas paru possible d'étendre au tuteur de fait des sanctions exceptionnelles exorbitantes du droit commun, dont les unes comme l'hypothèque légale du mineur portent gravement atteinte au crédit du tuteur, et dont les autres, comme la disposition de l'art. 472 C. Civ., basée sur une présomption de fraude ou d'abus de pouvoirs, affectent un certain caractère de pénalité. Il est facile de répondre à ces objections que, contrairement à ce que ces auteurs soutiennent, le tuteur de fait en s'immisçant sans droit dans une gestion commet une faute, et qu'il serait souverainement injuste de permettre, à celui qui se met en faute, de se décharger de garanties auxquelles il serait soumis, s'il se trouvait dans une situation légale.

---

(1) Pic, note sous Alger, 5 mai 1896.

En effet, si le tuteur de fait était considéré comme mandataire ou gérant d'affaires, il pourrait prétendre qu'il a rendu un service gratuit au mineur, et que par conséquent il n'existe pas de raison de préférer l'intérêt de celui-ci au sien propre. Il pourrait même demander qu'on ne lui impute que sa faute grave, invoquant pour cela l'art. 804 C. Civ. qui limite à cette faute la responsabilité de l'héritier bénéficiaire, disposition de faveur que certains auteurs considèrent comme applicable par voie d'analogie à l'héritier qui gère, sans opposition de ses cohéritiers, la succession indivise [1].

L'admission de cette théorie du mandat ou de la gestion d'affaires ferait donc bénéficier le tuteur de fait de sa faute, ce qui est absolument contraire aux principes du droit et de la morale.

C'est d'ailleurs l'argument qui a été invoqué le 14 Décembre 1836 devant la Cour de Cassation [2] : « La tutelle de fait repose sur le besoin de pourvoir aux intérêts des mineurs et de ne pas les laisser un seul moment sans tuteur. Il en résulte que cette tutelle de fait doit entraîner les mêmes charges, la même responsabilité que la tutelle de droit. Il serait souverainement injuste que le mineur perdit le droit et les garanties que la loi lui accorde, par cela seul qu'il n'aurait pas été régulièrement pourvu d'un tuteur, lorsque d'un autre côté, il était à la merci d'une gestion que comme mineur il ne pouvait ni empêcher, ni faire cesser. Les mineurs ne doivent en aucun cas souffrir d'une négligence qui ne leur est point per-

(1) Aubry et Rau : *Cours de Droit Civil français*, t. I, § 112.
(2) S. 37. 1. 88.

sonnelle. En affranchissant le tuteur de fait des obligations qui pèsent sur le tuteur de droit, on arriverait à ce résultat que celui qui obéit aux prescriptions de la loi serait dans une position moins avantageuse que celui qui les méconnaît, ce qui est inadmissible. »

La Jurisprudence, à l'unanimité, s'est prononcée dans le sens de l'application des règles de la tutelle de droit à la tutelle de fait et, quoique M. Pic ait écrit qu'une « évolution s'est produite depuis le commencement du siècle dans un sens défavorable à l'assimilation du tuteur de fait au tuteur de droit » [1], il est facile de prouver l'inexactitude de cette assertion, la Jurisprudence n'ayant jamais varié, à tel point que la Cour de Cassation s'est elle-même prononcée d'une façon formelle à différentes reprises.

La raison de cette affirmation par M. Pic de l'évolution de la Jurisprudence se trouve dans le fait qu'il existe plusieurs arrêts contradictoires sur le point de savoir si, en cas de continuation de la gestion du patrimoine pupillaire après la majorité ou l'émancipation du pupille, il y a tutelle de fait : question d'ailleurs, qui n'est pas encore résolue à l'heure actuelle et fait l'objet de nombreuses discussions dans la doctrine.

Mais cette hypothèse exceptée, on peut voir en consultant par ordre chronologique les arrêts des Cours et Tribunaux, que l'affirmation de l'application des règles de la tutelle de droit au tuteur de fait y est de plus en plus nette et précise.

C'est ainsi qu'un des derniers arrêts rendus par la Cour de Cassation à ce sujet fait une telle assimila-

---

(1) Pic, note sous Alger.

tion du tuteur de fait au tuteur de droit, qu'on a pu soutenir qu'il était en contradiction avec les principes du Code Civil sur la tutelle [1].

En l'espèce un mineur attaquait en nullité des actes passés par un tuteur de fait, et l'intérêt du mineur étant en contradiction avec celui de son tuteur, la Cour de Cassation avait admis la validité de la représentation du mineur à l'instance par le subrogé-tuteur. Certains auteurs ont prétendu que, en l'occurrence, la Cour de Cassation avait fait fausse route, non pas qu'elle ait eu tort d'admettre que l'initiative de l'action en nullité contre les actes irréguliers du tuteur de fait appartint au subrogé-tuteur [2], mais, ainsi que l'a soutenu M. Savatier « en présence d'une tutelle de fait, se caractérisant par l'absence de tout véritable tuteur, le rôle du subrogé-tuteur n'est pas de défendre occasionnellement les intérêts du mineur contre un personnage sans qualité : c'est de faire nommer au pupille un véritable tuteur ». Et pour prouver cette assertion, il s'appuie sur l'article 424 C. Civ. ainsi conçu : « Le subrogé-tuteur ne remplacera pas de plein droit le tuteur lorsque la tutelle deviendra vacante, mais il devra, sous peine de dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur », concluant que la tutelle de fait suppose la vacance de la véritable tutelle.

---

(1) Cass. 29 nov. 1926, Gaz. Pol. 1927, 1.111. S. 27.1.41. D. P. 28.1.41. Note Savatier.

(2) Planiol et Ripert : *Traité pratique de Droit Civil français* 1925, t. I. n° 503, p. 545. — Colin et Capitant : *Cours élémentaire de Dr. Civil français*, t. I. — Cass. Req. 1er avril 1924, D. 24.1.121.

La Cour de Cassation admettant au contraire que la tutelle de fait est une véritable tutelle, tutelle irrégulière peut-être, mais tutelle tout de même, a validé la représentation du mineur par le subrogé-tuteur, l'intérêt du mineur étant en contradiction avec celui du tuteur.

Si la Cour de Cassation n'avait pas admis cette théorie de l'assimilation, elle eut appliqué l'art. 424 C. Civ. et fait nommer par le conseil de famille un nouveau tuteur qui eût défendu à l'instance contre le tuteur de fait et les tiers. Mais suivant en cela une jurisprudence constante, elle décide que la tutelle de fait étant une véritable tutelle, on doit lui appliquer les règles édictées par le Code Civil pour la tutelle de droit.

M. Savatier n'a pas voulu admettre cette thèse et, de même que le Droit Romain, il a prétendu que si les règles édictées dans l'intérêt du mineur devaient être suivies dans la tutelle de fait, le tuteur irrégulier ne devait pas bénéficier de celles édictées en faveur du tuteur de droit. Il a pris, comme point de départ de sa théorie, le principe qu'en cas de tutelle de fait il y a faute du tuteur et par conséquent que celui-ci n'a pas droit au bénéfice des règles en faveur du tuteur de droit : « Toutes les obligations, toutes les charges qui auraient pesé sur ce tuteur (de droit) devraient être mises sur la tête du tuteur de fait, mais à cela seul doit se borner la ressemblance entre un véritable tuteur et ce représentant illégal du mineur. »

Le système de M. Savatier paraît exagéré et si l'on peut dire avec lui que le tuteur de fait est coupable sinon de faute, tout au moins de négligence, il faut

se rappeler que la tutelle n'est plus comme dans le Droit Romain primitif une institution dans l'intérêt du tuteur, mais bien au contraire une charge pour ce tuteur. Celui-ci n'est-il pas soumis à de nombreuses obligations dont la plus importante est l'hypothèque légale du mineur sur les biens de son tuteur? Pourquoi alors d'une part charger d'une responsabilité étendue le tuteur de fait, souvent coupable d'une simple négligence, pouvant s'allier d'ailleurs à la bonne foi, et d'autre part lui refuser les mesures que le législateur a codifié en faveur du tuteur de droit?

La responsabilité du tuteur de fait est déjà beaucoup plus lourde que celle du tuteur de droit, étant donné qu'il sera toujours appelé à indemniser les tiers du dommage qu'ils auront subi, du fait de l'exercice de l'action en nullité exercée par le mineur contre les actes passés par le tuteur de fait.

Il semble donc plus juste d'accorder au tuteur de fait les mesures favorables du Code Civil, le mineur étant très suffisamment protégé et par les dispositions de la loi et par l'action en nullité qu'il possède.

On peut donc conclure que, mise à part, cette action en nullité et les conséquences qui en découlent, l'assimilation du tuteur de fait au tuteur de droit doit être complète, cette thèse étant d'ailleurs celle qui est adoptée par la quasi-unanimité de la doctrine et de la jurisprudence.

CHAPITRE II

Cas de tutelle de fait dans la pratique juridique

L'étude du Code Civil ne donnant qu'un seul cas de tutelle de fait : celui de la mère tutrice qui s'est remariée (art. 395), est-ce à dire que ce soit là la seule hypothèse de tutelle irrégulière à laquelle on doive appliquer la dénomination de tutelle de fait? La doctrine et la jurisprudence ne l'ont pas cru ainsi, et, partant du critérium dégagé de l'art. 395, ont énuméré de nombreux cas où, du fait même qu'il y a tutelle indue, on doit voir des tutelles de fait.

Pour faciliter l'énumération de ces hypothèses il a paru bon de les classer d'après leur origine, en distinguant les tutelles de fait provenant soit d'un changement dans la personne du tuteur : tutelle de fait ex parte tutoris, soit d'un changement dans la personne du pupille : tutelle de fait ex parte pupilli, et nous ferons suivre ces deux sections d'une troisième

dans laquelle nous étudierons les hypothèses de tutelle irrégulière qui ne sont pas des tutelles de fait, mais avec lesquelles on serait tenté de les confondre.

Section I

TUTELLE DE FAIT *EX PARTE TUTORIS*

Cette classification comprend tous les cas où un tuteur, par suite d'un changement opéré, volontairement ou non, dans sa personne, devient tuteur de fait.

Convol de la femme tutrice

L'article 395 C. Civ. donne le cas-type du tuteur de fait : celui de la femme, tutrice de ses enfants, qui se remarie et, avant son remariage, ne convoque pas le conseil de famille pour faire nommer un nouveau tuteur : conservant l'administration pupillaire, elle est tutrice de fait et son nouveau mari sera cotuteur de fait.

Le Droit Romain enlevait de plein droit la tutelle à la mère qui se remariait. Les rédacteurs du Code Civil ont voulu tempérer la rigueur de cette mesure en demandant seulement à la mère de convoquer le conseil de famille, pour savoir si elle devait être maintenue dans la tutelle. Il est tout à fait normal, en effet, que le conseil de famille, organe de surveillance de la tutelle, craigne que les mineurs ne soient désavantagés par cette nouvelle union de la mère, car le mari, étant l'administrateur de la communauté, gérera en même temps en fait le patrimoine pupillaire ou tout au moins aura sur la mère tutrice une grande influence. Aussi doit-on voir dans cette obligation

imposée à la femme une mesure de prudence au profit de ses enfants mineurs.

Si la mère ne se conforme pas aux prescriptions de l'art. 395, elle perd de plein droit la tutelle et l'expression « tutelle indûment conservée » établit en ce cas une tutelle de fait qui n'est que la continuation de la tutelle de droit, et qui astreint la mère aux mêmes obligations et aux mêmes charges envers le mineur.

Mais de même que le mari est cotuteur de droit lorsque la mère a réuni le conseil de famille qui l'a maintenue dans la tutelle, de même en cas de non-convocation de ce conseil de famille, l'art. 395 déclare le nouveau mari cotuteur de fait : « et son mari sera responsable des suites de la tutelle indûment conservée ». Cette cotutelle de fait du mari existait déjà dans le Droit Romain, où elle avait été instituée par une Constitution des empereurs Théodore et Valentinien : la loi C. Civ. In quib. causis. Et c'est cette même institution qui explique l'ancienne maxime si significative de l'Ancien Droit : qui épouse la veuve épouse la tutelle.

La loi du 20 Mars 1917 modifiant l'art. 395 a étendu cette obligation, imposée auparavant seulement à la mère tutrice, à toute tutrice qui se marie ou se remarie.

De même, en cas de convol de la mère naturelle, si le tribunal jouant le rôle du conseil de famille n'a pas été saisi par la mère pour décider si la tutelle doit lui être conservée, la mère naturelle perd de plein droit la tutelle, mais conserve la puissance paternelle. Et son mari est responsable avec elle de la tutelle indûment conservée pourvu qu'il ait connu l'exis-

tence de l'enfant naturel. C'est ce qui avait déjà été jugé sous l'empire du Code Civil [1]. Ce n'est plus douteux depuis la loi du 20 Mars 1917 puisque les art. 395 et 396 ne sont pas exclus par le nouvel art. 389, al. 14, des dispositions applicables à la tutelle des enfants naturels.

Il semble que les art. 395 et 396 ne doivent s'appliquer qu'autant que la mère avait déjà reconnu l'enfant et exerçait la tutelle au moment de son mariage : Alger, 11 Janv. 1900 [2]. Si l'enfant était sous la tutelle du père au moment où la mère se marie avec une personne autre que le père, ou si la mère ne reconnaît l'enfant qu'après le mariage, elle est investie de plein droit de la tutelle au décès du père dans le premier cas, ou au moment de la reconnaissance dans le second, sans qu'on puisse lui opposer aucune déchéance. Mais dans la seconde hypothèse, l'art. 337 paraît s'opposer à ce que la cotutelle puisse être imposée au mari. En effet, l'art. 337 déclare que « La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage ». Il semble donc qu'on ne puisse rendre le nouveau mari responsable de la tutelle exercée par la mère. M. Planiol s'appuyant sur ce fait que l'art. 395 est restrictif enseigne qu'il s'applique seulement à la mère légitime. Cependant la Jurisprudence décide le contraire, justifiant la solution qu'elle préconise par la rétroactivité de la reconnaissance. C'est ainsi qu'un arrêt de

(1) Caen, 22 mars 1860, S. 1860.2.160.

(2) D. P. 1901.2.410.

Limoges du 17 Mars 1924 [1] appliquait dans ses motifs à une mère naturelle la déchéance de l'art. 395, bien qu'elle n'ait reconnu l'enfant qu'après son mariage. En l'espèce une dame Pierillas intentait une action en déclaration judiciaire de paternité contre un Monsieur Merle, action déclarée recevable par la Cour considérant la dame Pierillas comme mère et non comme tutrice, et précisant la situation de cette dame remariée en tant que tutrice : « Attendu que Merle oppose que Madame Pierillas ayant contracté un second mariage avec le sieur Barny le 28 Octobre 1922, sans se conformer aux dispositions de l'art. 395 C. Civ. a perdu de plein droit la tutelle de son enfant et se trouve actuellement sans qualité pour agir au nom de cette enfant... Attendu qu'il importe peu que par l'effet dudit article... l'intimée ait perdu la qualité de tutrice... »

L'hypothèse de la mère qui, après un divorce, se serait remariée et se verrait déférer la tutelle des enfants du premier lit par le décès de son premier mari, peut aussi donner lieu à des interprétations différentes. Certains auteurs [2] prétendent que les art. 395 et 396 du Code Civil étant restrictifs comme édictant des déchéances et obligations légales, ne doivent pas être étendus à cette hypothèse. Suivant leur théorie, la mère serait investie de la tutelle légale sans avoir besoin de s'y faire maintenir par le conseil de famille (art. 390 C. Civ.) et le second mari cotuteur.

---

(1) Gaz. Pal., 24 mars 1924.

(2) Baudry-Lacantinerie : *Traité théorique et pratique de Droit civil des Personnes*, t. IV, p. 402. — Planiol, t. I, n° 503, p. 545.

Il a été jugé en sens contraire par le tribunal correctionnel d'Evreux le 13 Novembre 1924 [1] qu'une mère divorcée remariée ne pourrait, après la mort de son premier mari, se faire maintenir dans la tutelle de ses enfants mineurs. Le motif allégué à l'appui de cette opinion est que la convocation du conseil de famille doit précéder le nouveau mariage, ce qui ne peut avoir lieu dans notre hypothèse puisque ce mariage est déjà un fait accompli. « Attendu, dit ce jugement, que si la femme Duffau n'a pas la jouissance légale des biens et indemnités pouvant revenir à ses trois enfants mineurs, elle ne peut prétendre être ni avoir été à un moment quelconque leur tutrice naturelle et légale; que si elle n'a jamais été leur tutrice naturelle et légale, elle n'a pu, ainsi qu'elle le déclare à tort dans ses conclusions, se faire maintenir dans lesdites fonctions par le conseil de famille du 14 août dernier nommant seulement un subrogé-tuteur auxdits mineurs Lallour; et qu'au surplus elle ne pourrait bénéficier des prescriptions de l'art. 395 § I C. Civ. comme « veuve tutrice » puisqu'elle était déjà remariée avec Duffau quand est survenue la mort de son premier mari. » Le tribunal a donc conclu que la mère, ne pouvant se conformer aux prescriptions légales, se trouvait déchue de la tutelle.

Mais cette solution rigoureuse paraît ne répondre ni au texte de la loi, ni à son esprit, ni même d'une manière générale à l'équité. Elle aboutit à priver forcément de la tutelle toute mère divorcée qui se remarie avant le décès de son ancien conjoint, ce qui serait inconcevable surtout si le divorce a été prononcé à

(1) Gaz. Pal. 1925.1.254.

son profit et si la garde des enfants lui a été confiée. D'autre part l'art. 395 n'impose la formalité qu'à la mère tutrice; or la mère divorcée n'est, du vivant de son ancien mari, pas encore tutrice et il ne s'agit donc pas encore pour elle de conserver ou de perdre la tutelle. Et l'on ne saurait lui faire grief de n'avoir pas fait convoquer le conseil de famille avant son nouveau mariage puisqu'elle ne peut le faire, et que c'est la loi elle-même qui crée cette impossibilité en autorisant le divorce et la nouvelle union. D'ailleurs la pensée du législateur est parfaitement claire; il veut que le conseil décide du point de savoir si dans l'intérêt des enfants du lit précédent, l'exercice de la tutelle par la mère est conciliable avec le nouveau mariage de celle-ci. Or la question ne se pose pour la divorcée remariée que du jour où la tutelle lui incombe, c'est-à-dire au moment du décès de son premier mari. Il résulte de ces considérations que l'obligation de faire statuer le conseil de famille, sur la conservation de la tutelle, s'impose à la mère remariée après divorce lorsque vient à mourir son précédent conjoint, mais ne s'impose à elle qu'à ce moment.

C'est pour ces raisons que la Cour de Rouen, statuant en appel, infirmait le jugement du tribunal d'Evreux et se prononçait de façon très précise en faveur de l'application de l'art. 395 : « Attendu que le fait que la dame Duffau, mère des enfants mineurs, s'était remariée avant la mort de son premier mari, n'a pu avoir pour conséquence que de l'obliger à faire décider par le conseil de famille si elle devait être maintenue dans la tutelle dont le décès du père l'avait investie » [1].

(1) Rouen, 5 janv. 1925, Gaz. Pal. 1925.1.495.

La même année, dans une espèce semblable, la Cour de Paris se prononçait dans le même sens et dans les motifs de l'arrêt exposait les raisons de cette jurisprudence : « Considérant que le motif pour lequel le législateur a voulu que l'assemblée de famille se prononçât sur l'opportunité du maintien de la mère survivante, en cas de second mariage, dans la tutelle de ses enfants, et qui a trait exclusivement à l'intérêt moral et pécuniaire de ceux-ci, se rencontre avec d'autant plus d'ardeur quand la mère s'est remariée avant le décès du père, alors surtout que comme dans l'espèce actuelle, elle a épousé le complice de l'adultère qui avait motivé la prononciation du divorce à ses torts... Considérant au surplus que l'art. 396 qui décide que lorsque le conseil de famille conserve la tutelle à la mère, il est tenu de lui adjoindre son second mari comme cotuteur, ne permet pas de conserver le moindre doute sur la nécessité de faire délibérer ce conseil sur la conservation de la tutelle à la mère remariée » [1].

On en concluera donc que si une femme divorcée et remariée devient tutrice de ses enfants du premier lit par la mort de son premier mari, elle devra, pour être tutrice de droit, se faire maintenir par le conseil de famille, et cela que le divorce ait été prononcé ou non en sa faveur. Si elle ne convoque pas le conseil de famille et qu'elle administre cependant les biens de ses enfants mineurs, elle sera tutrice de fait et son mari cotuteur de fait.

---

(1) Paris, 3 déc. 1924, Gaz. Trib., 1er février 1925.

Tiers qui gère *pro tutore*

Il arrive souvent qu'une personne ait pris en mains le patrimoine d'un mineur et l'administre sans droits; c'est un subrogé-tuteur qui, en l'absence du tuteur, a géré la tutelle [1], ou qui, profitant de la faiblesse ou de l'âge du tuteur, gère le patrimoine pupillaire à sa place [2].

Dans l'hypothèse énoncée ci-dessus, pour que le subrogé-tuteur soit considéré comme tuteur de fait et comme tel soumis à la responsabilité et aux charges qui en découlent, il faut que le subrogé-tuteur se soit emparé de la gestion en dehors des cas où la loi lui donne le pouvoir de représenter le mineur. De plus si le subrogé-tuteur faisait au nom du mineur un ou plusieurs actes isolés de gestion, il devrait être considéré, tant vis-à-vis du mineur qu'à l'égard des tiers, comme un simple negotiorum gestor et soumis comme tel à la responsabilité du droit commun : il pourrait donc se faire tenir compte des dépenses qu'il aurait faites dans l'intérêt du mineur en tant que gérant d'affaires [3]. La tutelle de fait, en effet, ne consiste pas dans le fait pour une personne sans droit de passer un acte sur le patrimoine du mineur, mais bien de gérer d'une façon habituelle l'ensemble de ce patrimoine.

De même le subrogé-tuteur, appelé à faire nommer un nouveau tuteur, ne doit pas s'ingérer dans l'administration tutélaire car il est chargé seulement de

---

(1) Paris, 29 avril 1923, S. 28.2.98.

(2) Grenoble, 26 juil. 1828, S. 29.2.28.

(3) Req. 14 juin 1831, R. 314.

représenter le mineur quand l'intérêt de celui-ci se trouve en opposition avec celui du tuteur [1], règle qui s'applique encore quoique le législateur ait supprimé l'al. 2 de l'art. 420 qui consacrait expressément ce pouvoir du subrogé-tuteur. Celui-ci n'est même pas tenu, comme les héritiers du tuteur, de gérer provisoirement; il doit faire seulement les actes urgents en attendant la nomination du nouveau tuteur, et dans ce cas, c'est un simple gérant d'affaires.

Il arrive souvent aussi qu'un cohéritier majeur se soit mis, lors de l'ouverture de la succession, en possession de l'hérédité, même de la part revenant à son cohéritier mineur et ait géré en fait les biens de celui-ci : Alger 5 Mai 1896 [2]. Ayant à juger un cas de ce genre, la Cour d'Alger a refusé de voir dans ce cohéritier majeur un tuteur de fait. Il est bien certain qu'en l'occurrence la Cour d'Alger ait fait fausse route en refusant d'étendre l'application des principes de la tutelle de droit à celui qui gère pro tutore le patrimoine d'un mineur actuellement dépourvu de tuteur. En effet, l'intérêt du mineur primant celui du tuteur ou de toute autre personne majeure, on doit voir là une tutelle de fait avec toutes ses conséquences. Autrement si l'on admettait avec cette jurisprudence que le tuteur de fait dût à tous les égards, même quant à la mesure de sa responsabilité, être régi par les principes de la gestion d'affaires, les intérêts du mineur en souffriraient souvent. Le cohéritier qui gère pourrait alors invoquer l'art. 804 C. Civ., limitant à la faute grave la responsabilité de l'héritier bénéficiaire, dispo-

(1) Civ. 29 nov. 1926, D. 28.1.41, S. 27.1.41, Gaz. Pal. 27.1.111.
(2) D. P. 99.2.409.

sition de faveur que certains auteurs considèrent comme applicable par voie d'analogie à l'héritier qui gère, sans opposition de ses cohéritiers, la succession indivise.

Cette hypothèse de tutelle de fait n'était pas admise par le Droit Romain et l'Ancien Droit parce que autrefois la tutelle de fait n'existait pas sans l'intention de gérer dans l'intérêt de l'incapable. La Jurisprudence a élargi le cadre de la tutelle de fait en supprimant ce facteur intentionnel exigé du tuteur, le but de la gestion n'ayant plus besoin d'être déterminé.

Mais lorsque la tutelle finit par la démission du tuteur ou par un fait de celui-ci emportant destitution [1], continue-t-elle d'exister avec toutes ses conséquences légales depuis le jour de la démission ou de la destitution jusqu'au jour de la nomination d'un nouveau tuteur? Par exemple si le tuteur démissionnaire ou destitué administre encore pendant quelques mois, quelques jours, reçoit des capitaux et les dissipe, ses biens seront-ils soumis à l'hypothèque légale pour ces faits nouveaux? Il faut décider que l'ex-tuteur continue d'administrer la tutelle comme tuteur, par conséquent qu'il sera soumis à toutes les obligations de la tutelle, et en supportera toutes les conséquences pour tous les actes faits, tant qu'il n'aura pas rendu son compte de tutelle. En effet, le tuteur démissionnaire, en même temps qu'il remet sa démission, doit rendre son compte au conseil de famille. De même on ne peut admettre, qu'en cas de destitution, sa prévarication puisse l'affranchir de ses obligations de tuteur

---

(1) Planiol et Ripert : *Traité pratique de Droit Civil français*, 1925, t. I, n° 503.

tant qu'il continue d'administrer, car il lui serait alors trop facile de faire à son profit des opérations préjudiciables au mineur, dont il ne répondrait envers lui qu'en tant que mandataire, c'est-à-dire avec une responsabilité très atténuée.

Il y a encore tutelle de fait lorsqu'un tiers s'est emparé indûment de la gestion des biens d'un mineur. Ce peut être le cas d'un tuteur qui s'est déchargé entièrement sur un tiers de son administration[1]; la tutelle étant une charge personnelle, le Code Civil interdit au tuteur de s'en débarrasser en dehors des cas prévus par la loi. De même l'art. 454 C. Civ. prévoit les cas où le tuteur pourra être aidé dans sa gestion : en dehors de ces hypothèses, il devra gérer lui-même.

Enfin on rencontre encore quelques cas de tutelle de fait s'exerçant sur les enfants naturels. Avant la loi du 2 Juillet 1907, ces hypothèses étaient très fréquentes car en cas de reconnaissance par l'un des parents, la Cour de Cassation avait décidé, en l'absence de tout texte, que le tuteur devait être nommé par le conseil de famille [2]. Bien souvent cette tutelle n'était pas organisée et la Jurisprudence et les auteurs voyaient dans l'administrateur des biens de l'enfant naturel un tuteur de fait. Depuis 1907, l'art. 389 nouveau décide que les enfants naturels, reconnus ou non, sont toujours en tutelle et que celle-ci appartient de plein droit à celui de leurs auteurs qui exerce la puissance paternelle : c'est donc une tutelle légale.

---

(1) Req. 23 janv. 1872, D. P. 72.1.196;
Paris 31 mars 1876, S. 78.2.9.

(2) Req. 16 nov. 1898, D. P. 99.1.218, S. 99.1.24.

Cependant dans le cas d'un enfant naturel non reconnu, la puissance paternelle qu'exerce sur lui un parent ne peut être qu'une puissance paternelle de fait, reconnu par la doctrine et la Jurisprudence, et à laquelle ne peut correspondre qu'une tutelle de fait. En effet, la loi de 1907 exige que le tuteur soit nommé par le tribunal, jouant ici le rôle de conseil de famille; par conséquent si une personne, qui exerce la puissance paternelle de fait, administre les biens de l'enfant naturel non reconnu sans être investi de cette fonction par le tribunal, elle devra être considérée comme tutrice de fait. A plus forte raison le tiers qui gère les biens de l'enfant naturel non reconnu est tuteur de fait. La Jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet, mais il paraît vraisemblable que de même qu'elle a admis une puissance paternelle de fait, elle verra parallèlement dans cette hypothèse une tutelle de fait.

Section II

TUTELLE DE FAIT *EX PARTE PUPILLI*

A côté des hypothèses de tutelle de fait qui proviennent d'un changement intervenu dans la personne du tuteur, hypothèses admises et par l'unanimité de la doctrine et par la Jurisprudence, il s'en trouve d'autres qui ne rallient pas les mêmes suffrages. Ce sont les cas de tutelle de fait qui proviennent d'un événement arrivant dans la personne du pupille, tel que sa mort, son émancipation ou son arrivée à la majorité.

La tutelle cesse en cas de mort ou d'émancipation du pupille. De même l'art. 388 C. Civ. enseigne que

« le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt et un ans accompli ». A partir de cet âge, il n'y a donc plus de mineur, partant plus de tutelle. Le tuteur doit donc, lorsque l'un de ces événements se réalise, cesser la gestion pupillaire et rendre son compte de tutelle.

Mais très souvent la remise effective de l'administration tutélaire ne peut pas s'effectuer instantanément; il s'écoule nécessairement un certain espace de temps pendant lequel le tuteur, ou ses héritiers, ou même ses représentants doivent provisoirement administrer. Cette gestion momentanée, est-ce toujours la gestion tutélaire? N'est-ce qu'un mandat, une gestion d'affaires? Suivant que l'on admette l'une ou l'autre de ces théories, les conséquences en seront plus ou moins graves pour l'ex-pupille, celui-ci ayant ou non les garanties prévues par la loi de la tutelle pour ces actes passés sur son patrimoine après sa majorité, sa mort ou son émancipation.

L'importance de cette question : la tutelle cesse-t-elle de plein droit au moment où la majorité, la mort ou l'émancipation se produit, est donc capitale pour le mineur.

Prenons comme exemple l'hypothèse de majorité de l'ex-pupille à laquelle on assimilera celle d'émancipation. Quant au cas de continuation de la gestion après la mort du mineur, nous l'étudierons à part car il ne nous semble pas qu'en ce cas il puisse y avoir tutelle de fait.

Dans l'hypothèse d'un tuteur qui conserve l'administration du patrimoine pupillaire après la majorité de son pupille, il semble bien au premier abord qu'il ne puisse y avoir de tutelle, celle-ci ne pouvant exister

qu'en présence d'une personne en état de minorité. Pourquoi, dès lors, continuer à une personne capable une protection et des garanties que la loi ne lui accorde que jusqu'à vingt et un ans? On peut donc dire que la continuation de l'administration des biens de l'ex-pupille après la majorité de celui-ci n'est qu'un mandat légal ou conventionnel.

Tel est le raisonnement qu'ont soutenu certains auteurs, tels MM. Planiol [1] et Sumien et aussi certains arrêts d'une Jurisprudence hésitante.

D'après cette théorie, l'ex-tuteur étant considéré comme un mandataire du mineur devenu majeur, les règles applicables seront celles du mandat. Par conséquent comme on ne doit pas plus préférer l'intérêt du mandant que celui du mandataire, qui est un administrateur gratuit, l'ex-tuteur ne devra pas les intérêts des sommes non employées, il ne sera plus tenu que des mêmes intérêts dont un mandataire, qui aurait employé à son profit les sommes à lui confiées, serait redevable [2], c'est-à-dire des intérêts simples; ses biens ne seront pas soumis à l'hypothèque légale du mineur pour les actes faits après la majorité; il y aura lieu à la reddition de deux comptes d'administration : le compte de tutelle proprement dit s'étendant jusqu'à la majorité et un second compte partant de la majorité et allant jusqu'au jour de la reddition.

M. Sumien invoque tout d'abord à l'appui de cette thèse les termes des auteurs romains et insiste sur le sens à donner à ces mots rencontrés à diverses reprises dans ces textes : « Administratio connexa », expres-

---

(1) Planiol : *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. I, 11e éd. 1928, p. 645, n° 1967.

Sumien. Essai sur les tuteurs de fait. Revue de Droit Civil 1903,

sion limitant la responsabilité de l'ex-tuteur, qui a conservé la gestion, aux actes qui sont une « suite de la gestion antérieure » et « qui s'y rattachent par une dépendance et connexité nécessaires ».

L'Ancien Droit lui-même, qui, on l'a vu précédemment, paraît si favorable à cette thèse de l'assimilation de l'ex-tuteur, qui continue de gérer, à un tuteur de fait, fournit un règlement du Châtelet de Paris du 11 Juillet 1698 qui décide formellement que les intérêts des intérêts dus par le tuteur cessent au jour de la majorité. « Les intérêts d'intérêts, dit le juge du Châtelet, doivent être comptés par accumulation jusqu'au jour de la majorité et non par colonne morte; mais après la majorité, le débet composé des sommes principales, des intérêts et des intérêts d'intérêts comptés par accumulation, fait une somme fixe qui produit des intérêts, lesquels intérêts n'en produisent plus après la majorité »[1]. Cette jurisprudence fut d'ailleurs confirmée, notamment par un arrêt du Parlement de Paris du 11 Août 1758.

Mais c'est surtout aux principes de notre Droit moderne et à la Jurisprudence que M. Sumien s'adresse pour refuser de voir dans l'ex-tuteur un tuteur de fait.

Appliquant à la lettre les textes du Code Civil, il part de cette idée que du moment où il n'y a plus de mineur, il ne peut y avoir de gestion tutélaire; les art. 472, 907 et 2.045, édictant des mesures exceptionnelles en faveur du mineur jusqu'à la reddition du compte de tutelle, ne peuvent donc être étendus à des

(1) Rép., V. Intérêts, p. 446.

cas qui ne sont pas formellement prévus. De plus, d'après l'art. 425 C. Civ. les fonctions du subrogé-tuteur cessent à la même époque que la tutelle. Celle-ci disparaissant au moment de la majorité du pupille, le subrogé-tuteur cessera d'être en fonctions à ce moment-là, de même que le conseil de famille. Or a-t-on jamais vu une tutelle sans aucune des garanties de contrôle et de surveillance prévues par la loi?

De ces arguments les partisans de cette doctrine concluent que la tutelle finit d'une façon absolue à la majorité du pupille, et que si le tuteur continue l'administration tutélaire, il y a simple gestion d'affaires entre parties capables. N'est-ce pas dans l'art. 1372 C. Civ. qu'il faut chercher la solution et, quant à la protection des intérêts de l'ex-pupille, l'art. 1374 l'assure en disant que le gérant sera tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille, et en le déclarant passible de dommages-intérêts en cas de faute ou de négligence. « Or quelle faute plus évidente que celle d'un tuteur qui, s'écartant tout à coup de la conduite qu'il a tenue jusqu'à la majorité de son pupille dans la gestion de la fortune de celui-ci, ne prend plus aucun soin de faire fructifier les sommes qu'il reçoit? Le tuteur ne sera plus tenu pour cette partie de son administration en vertu des dispositions relatives à la tutelle, mais on lui appliquera les règles du droit commun, lesquelles sans forcer ni déplacer les principes que la loi a consacrés pour des situations toutes spéciales, permettent cependant d'atteindre une gestion abusivement conservée au préjudice du pupille et ainsi d'indemniser ce dernier, par voie indirecte, de la perte des intérêts des revenus non employés par son ancien tuteur,

car la responsabilité de celui-ci peut être portée jusque-là » [1].

On invoqua enfin et, c'est là le principal argument contre la théorie de l'assimilation du tuteur qui a continué de gérer, après la majorité du pupille, à un tuteur de fait, l'existence de l'hypothèque légale du mineur sur les biens de son tuteur. Si on applique à l'hypothèse envisagée ici les règles de la tutelle, l'ex-pupille jouira, en garantie des actes passés par son ex-tuteur, d'une hypothèque générale et occulte sur les biens de celui-ci. Mais après la majorité du pupille, comment les tiers sauront-ils que la gestion du patrimoine pupillaire est assurée par un tuteur qui n'a pas rendu de compte de tutelle? Aussi ne se préoccuperont-ils pas de savoir à quel titre le tuteur passe les actes pour le compte du mineur devenu majeur, croyant de bonne foi avoir affaire à un mandataire ou à un gérant d'affaires, puisque la loi proclame la cessation de la tutelle à la majorité.

De plus l'article 8 de la loi du 23 Mars 1855 enseigne que cette hypothèque légale du mineur en tutelle doit être inscrite dans l'année qui suit la cessation de la tutelle par le mineur devenu majeur, ses héritiers ou ayants cause. Autrement cette hypothèque perdra son rang et ne datera plus que du jour de l'inscription prise précédemment. Comment concilier en l'occurrence le système de continuation de la tutelle après la majorité avec cette exigence de la loi de 1855?

Les partisans de la thèse soutenue par M. Sumien n'ont pas manqué d'invoquer la Jurisprudence en sa faveur. Certains arrêts, en effet, refusent de voir dans l'ex-tuteur qui continue l'administration tutélaire

(1) Note dans le D. P. 53.2.43 sous Angers, 23 février 1853.

après la majorité du mineur, un tuteur de fait, notamment un arrêt de la Cour d'Angers du 23 Février 1853 [1] qui est absolument formel et décide que « l'administration du tuteur prolongée au delà de la majorité du pupille et envisagée comme une continuation de la tutelle est une fiction contraire à la vérité des faits puisqu'après la majorité du pupille il n'y a plus de mineur, partant plus de tuteur, ni de gestion tutélaire ».

Au premier abord, cette thèse de MM. Planiol et Sumien semble amplement justifiée et en tous points conforme aux textes du Code Civil. Cependant on peut reprocher à ces auteurs de prendre trop à la lettre les termes de la loi, et de ne pas se rendre compte suffisamment que, au contraire du Droit Romain primitif qui voyait dans la tutelle une institution dans l'intérêt de la famille, le droit classique avait fait triompher dans la conception de la tutelle l'idée de protection du mineur, et que ce caractère s'est perpétué dans l'Ancien Droit et est devenu l'idée dominante du Code de 1804.

Or est-ce parce que le mineur aura atteint l'âge de vingt et un ans qu'il faut lui ôter du même coup toute protection? Et ne doit-on pas voir dans les articles 472, 907 et 2.045 C. Civ. seulement quelques mesures qui ne sont pas limitatives et qui seraient les conséquences d'un principe que le Code Civil n'a pas dégagé suffisamment; ces mesures de protection contre des abus d'influence possibles de la part du tuteur montrent bien la pensée des rédacteurs du Code Civil, à savoir la protection du pupille jusqu'à la reddition du compte de tutelle. Avant la reddition de

(1) D. P. 53.2.42, S. 53.2.289.

ce compte, l'ex-mineur ne connaît rien de son patrimoine. « Le majeur à qui le tuteur ne rend pas compte est dans la même situation qu'un mineur; il ignore les éléments de son patrimoine, il n'a jamais été appelé à s'en mêler puisque tout s'est fait pour lui, mais sans lui; cette ignorance de ses droits le constitue réellement mineur vis-à-vis de celui qui doit la faire cesser » [1].

Et l'article 472 C. Civ., qui édicte une mesure de protection du mineur, ne peut-il pas être regardé comme instaurant une sorte de prolongation de la tutelle et de l'incapacité du mineur devenu majeur jusqu'à la reddition du compte ou plus exactement jusqu'au onzième jour qui suivra cette reddition. Pour l'art. 472, le critérium de la fin de la tutelle ne paraît plus être la majorité, mais bien, dans l'hypothèse envisagée par cet article, la reddition du compte de tutelle. Or la gestion de l'ex-tuteur après la majorité ne rentre-t-elle pas exactement dans le cadre de ce texte? Le tuteur qui, après la majorité, n'a pas rendu son compte n'est plus et ne peut plus être un tuteur de droit; mais comme il est soumis aux règles spéciales édictées par le législateur pour la protection du mineur tant qu'il n'a pas rendu son compte, ce n'est pas non plus un mandataire ni un gérant d'affaires : c'est donc un tuteur de fait.

De même les art. 907 et 2.045 du Code Civil ne sont que des conséquences de ce principe que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas su dégager.

Et c'est ce qu'avaient bien compris le Droit Romain et l'Ancien Droit français et ce qui a inspiré à cer-

---

(1) Agen, 3 mai 1862, D. P. 63.2.16, S. 63.2.68.

taines législations modernes des dispositions que l'on serait heureux de trouver en Droit Français.

Le Droit Romain, on l'a vu précédemment, appliquait les règles de la tutelle de fait à la gestion de l'ex-tuteur après la majorité de son pupille. « Tutor post puberem aetatem puellae, si in administratione connexa perseveraverit, tutelae actione totius temporis rationem praestare cogitur », dit la loi 411 C. Arbitrium tutelae. Les nombreux textes rapportés dans l'historique sont aussi dans ce sens.

L'Ancien Droit français admettait lui aussi cette thèse et nous avons cité plusieurs textes qui en faisaient état et en tiraient les conséquences normales. Ainsi sans rechercher la cause de la fin de la tutelle, celle-ci continuait dans l'Ancien Droit avec toutes ses conséquences tant que le compte n'était pas rendu.

Cependant le règlement du Châtelet de Paris du 11 Juillet 1698, que nous avons rapporté plus haut, semble en faveur de la thèse de MM. Planiol et Sumien. Il nous est facile de répondre que ce règlement ne parle que « ex eo quod frequentius fit », c'est-à-dire dans le cas où le tuteur cesse sa gestion à la majorité, ce qui est l'hypothèse générale envisagée par la loi.

Les rédacteurs du Code Civil ont-ils entendu continuer la tradition de l'Ancien Droit et doit-on admettre que les articles 472 et 2045 qui édictent des mesures protectrices en faveur du mineur avant qu'il ait reçu son compte de tutelle, ne sont que des conséquences d'un principe qui n'a pas été formulé expressément dans le Droit Romain et l'Ancien Droit et que pour cette raison, lors de la rédaction du Code Civil, le

législateur n'aurait pas su dégager des anciens textes. Les rédacteurs, étant donné l'immensité de leur tâche, ont, dans la plupart des matières soumises à leurs réflexions, simplement codifié les règles déjà en vigueur dans l'Ancien Droit. Or le principe de la tutelle est, dans le Code Civil, le même que dans le Droit Romain classique et l'Ancien Droit : la loi cherche avant tout à protéger d'une manière efficace le mineur en tutelle. Les rédacteurs du Code Civil ont donc codifié les règles relatives à la tutelle de droit et pour la tutelle de fait, ils ont pensé seulement au cas qui se rencontrait le plus souvent dans la tradition : celui de la mère qui se remarie sans consulter le conseil de famille. Le législateur a passé sous silence les autres hypothèses, notamment celles de gestion par un tiers, de protutelle. Cependant ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont hésité à leur appliquer les règles de la tutelle de droit. Pourquoi dès lors refuser de voir dans la gestion du tuteur après la majorité une tutelle de fait, qui était elle aussi reconnue par tous nos anciens auteurs?

Ceux-ci voulaient que le mineur, auquel ils assimilaient le majeur à qui son compte n'est pas rendu, fut protégé d'une façon efficace. Le Code Civil par contre a-t-il entendu laisser l'ex-pupille sans protection par le fait même qu'il arrive à sa majorité? Ne connaissant rien de son patrimoine, il laissera la gestion aux mains de son ex-tuteur qui se gardera bien de lui rendre son compte de tutelle et pourra ainsi profiter des avantages que la loi donne au mandataire. Evidemment si l'ex-tuteur exerce une gestion frauduleuse, le mineur aura un recours contre lui, mais un recours qui risque fort d'être illusoire s'il n'a pas les

sûretés réelles que donne l'application des principes de la tutelle au tuteur de fait.

Les auteurs, partisans de la théorie soutenue par MM. Planiol et Sumien, ont voulu appliquer à la lettre l'article 388 C. Civ., en disant que la majorité transformait *ipso facto* la tutelle en un mandat tacite par suite d'une interversion de qualité. Or ce mandat tacite qui résulte des conditions mêmes dans lesquelles le mandataire agit, comment supposer que la loi l'accorde à un tuteur dont on peut suspecter l'honnêteté? Et ce tuteur, qui garde l'administration du patrimoine pupillaire sans droit et sans rendre son compte de tutelle, ne se trouve-t-il pas dans une situation qui puisse faire présumer de sa part une intention frauduleuse? Ne devrait-il pas, lors de l'arrivée à la majorité de son pupille, être très pressé de rendre son compte de tutelle pour se décharger d'une administration souvent fort lourde? Or au contraire il garde cette administration et ne rend pas compte. Il se met donc en faute, car ou il est coupable de négligence, ou il veut retarder le plus possible le moment de rendre compte parce qu'il espère que, en continuant la gestion, il réussira à cacher certains actes frauduleux ou préjudiciables passés sur le patrimoine pupillaire. Et c'est à ce tuteur, qui se met en faute, que l'on voudrait confier la gestion des biens de l'ex-pupille en disant qu'il agit comme mandataire tacite!

La Jurisprudence n'admet la validité de ce mandat, que s'il est prouvé que la continuation des fonctions du tuteur est le résultat d'un accord entre le tuteur et le pupille devenu capable. C'est ainsi que la Chambre Civile de la Cour de Cassation décidait dans ses motifs « que le tuteur qui sans rendre son compte,

a conservé en fait l'administration du patrimoine de ses pupilles et continué à le gérer après leur majorité ou leur décès, est censé les administrer en la même qualité, à moins que de l'ensemble des circonstances on ne doive reconnaître que c'est par suite d'un accord ayant opéré interversion de la qualité, dans la personne du tuteur, que celui-ci a continué à gérer, comme mandataire ordinaire, les biens de ses anciens pupilles » [1].

Et un jugement plus récent du Tribunal Civil de la Seine décide aussi en ce sens que « attendu qu'il appartient au tribunal d'apprécier en fait si le tuteur a conservé l'administration du patrimoine de son pupille en vertu des pouvoirs qu'il tenait de la loi en sa qualité de tuteur ou s'il a continué à gérer ce patrimoine par suite d'un accord qui l'a constitué soit mandataire, soit « negotiorum gestor » des parties intéressées... et qu'il apparaît de toutes les circonstances de la cause que s'il a conservé la gérance de la fortune existant au décès de sa femme... il l'a fait avec le consentement de chacun de ses enfants et s'est ainsi trouvé leur gérant d'affaires » [2].

On voit donc que la Jurisprudence moderne met en évidence, pour faire la discrimination entre la tutelle de fait et le mandat, l'accord qui peut intervenir entre le mineur devenu majeur et son ex-tuteur qui continue la gestion. Ce n'est donc plus un mandat tacite qui existe entre les deux parties, mais bien un mandat expresse.

Ce mandat expresse semble devoir échapper à la critique énoncée plus haut. En effet, si, lors de sa

(1) Civ. 16 déc. 1913, D. P. 1915.1.28.
(2) Trib. Civ. Seine 7 mai 1921, D. P. 1921.2.147.

majorité, l'ex-pupille donne à son tuteur mandat de gérer son patrimoine, aucune opération ne semble plus valable, ni plus conforme aux intérêts pupillaires, que ce contrat passé entre deux personnes capables. La Jurisprudence, dans son interprétation de l'article 472 du Code Civil, ne le fait pas, en effet, rentrer dans les « traités » interdits par cet article [1]. Car la prohibition de l'article 472 ne concerne que les traités qui, sous une dénomination quelconque, se rattachent à la tutelle et tendent à soustraire le tuteur à l'obligation de rendre son compte en tout ou en partie, ou à priver le mineur des sûretés destinées à garantir le paiement du reliquat [2].

Cependant ce mandat général d'administrer ne pourrait-il pas rentrer dans cette catégorie des « traités » défendus par l'article 472. Ne peut-on craindre que le tuteur n'ait commis un abus d'influence sur son ex-pupille, pour retarder le plus possible la reddition de son compte de tutelle et même l'éviter. Le mineur devenu majeur qui accorde ainsi ce mandat général à son ex-tuteur ne connaît rien de son patrimoine. N'ayant pas reçu de compte de tutelle, il ne peut juger la gestion de son tuteur, ni les qualités de celui-ci. Pourtant ces éléments sont nécessaires pour qu'il puisse décider s'il a intérêt à laisser à son ex-tuteur la direction de ses affaires. Et dans ces conditions, il donnerait à son tuteur un mandat général d'administrer!

La Jurisprudence a validé ces contrats passés entre un tuteur et un mineur devenu majeur. Un arrêt

---

(1) Caen 18 nov. 1863, S. 64.2.201.

(2) Bruxelles 26 nov. 1900, D. P. 1902.2.348 ; Civ. 29 juin 1903, D. P. 1903.1.411.

de la Cour d'Appel de Caen avait essayé de faire en 1863 une discrimination en distinguant, parmi les actes faits après la majorité par le tuteur du consentement du pupille, ceux qui étaient connexes à des opérations de la tutelle et ceux qui étaient entièrement nouveaux, étrangers à la gestion pupillaire. Pour les actes qui étaient une suite de la tutelle, l'arrêt décidait qu'il fallait appliquer les règles de la tutelle, considérant que « si le tuteur, du consentement du mineur devenu majeur, a continué son administration, il en devra compte comme mandataire, mais il ne sera soumis, pour ce dernier compte, qu'aux règles et aux principes qui régissent le mandat, à moins toutefois que les actes d'administration, qu'il a faits, ne se lient intimement et ne soient connexes à des opérations de la tutelle » [1].

Or, à part quelques actes entièrement nouveaux, la continuation de la gestion du patrimoine pupillaire, par l'ex-tuteur après la majorité, n'est-elle pas une suite de la tutelle? Pourquoi alors ne pas prohiber complètement ce mandat général donné par une personne qui ne connaît rien à une personne souvent suspecte [2]? Si la Jurisprudence n'a pas cru devoir jusqu'ici entrer dans cette voie, on peut penser cependant qu'elle se rendra à ces raisons, décision qui serait souhaitable au point de vue de la protection des mineurs.

---

(1) Caen 18 nov. 1863, S. 64.2.201.

(2) L'art. 472 C. Civ. ne s'appliquant pas au cas où le compte est rendu au pupille lui-même après son émancipation, parce que le mineur émancipé ne peut recevoir son compte qu'avec l'assistance de son curateur (art. 480), il ne peut être question de faire suivre à l'hypothèse de gestion du tuteur après l'émancipation du pupille la même règle que celle qui s'applique au cas de gestion après majorité, dans cette théorie particulière des « traités » défendus.

Evidemment de nombreux arguments justifient la théorie de la validité des mandats tacite ou expresse, dont le moindre n'est pas celui qui fait état de l'intérêt des tiers. Ceux-ci risqueront, en effet, de voir annuler des actes passés par l'ex-tuteur sur les biens du mineur et surtout ils pourront se voir enlever certaines garanties qu'ils pensaient trouver dans le patrimoine du tuteur par suite de l'hypothèque légale que ne manquera pas de faire valoir le pupille.

L'Ancien Droit prohibait déjà les contrats entre le tuteur et l'ex-pupille tant que le compte de tutelle n'était pas rendu. Jusqu'à la reddition de ce compte, le mineur était dans une sorte d'interdiction légale à l'égard de son tuteur, et tous les actes, étrangers ou non à ce compte, étaient frappés de nullité lorsqu'ils n'avaient pas été précédés de la reddition du compte, car comme dit Meslé « le mineur ne sait rien de ce qu'il y a de bon dans le compte de son ancien tuteur ». La Coutume de Bretagne défendait aussi aux tuteurs et curateurs de traiter avec leurs mineurs « jusqu'à ce qu'ils aient tenu et rendu compte, et ressaisi ceux dont ils ont eu la garde, de leurs biens, titres et seigneuries » [1]. Et le Parlement de Bretagne interprétait cette disposition en ce sens que la prohibition de contracter était restreinte au « faict et administration des biens du pupille », interprétation qui était celle aussi de la Coutume de Normandie.

Malgré les critiques de MM. Planiol et Sumien au sujet de la théorie de l'assimilation de l'ex-tuteur qui continue de gérer, à un tuteur de fait, certains

(1) Coutume de Bretagne, art. 517.

auteurs [1] parmi lesquels il convient de citer M. Josserand [2], et les arrêts les plus récents admettent au contraire cette théorie de l'assimilation.

Jusqu'en 1842, la Jurisprudence était fixée en ce sens que toute tutelle prenant nécessairement fin à la majorité, les règles de la tutelle ne sauraient s'étendre aux actes de gestion postérieurs. Cependant le 19 Mars 1830, devant la Cour de Nancy [3], l'avocat général Troplong soutenait déjà, dans une hypothèse de ce genre, qu'il y avait tutelle de fait; mais la Cour en décidait autrement et rendait un arrêt contraire aux conclusions de l'avocat général. Il convient de remarquer que, dans l'espèce sur laquelle cet arrêt avait statué, le ci-devant tuteur n'avait pas conservé l'administration des biens pupillaires et que la contestation ne portait que sur les intérêts du reliquat dont il était resté débiteur. Il faut voir là la raison pour laquelle la Cour de Nancy n'avait pas cru devoir suivre les conclusions de l'avocat général Troplong.

Le 18 Novembre 1842 [4], la Chambre des Requêtes, contrairement à la tradition jurisprudentielle, affirmait : « Que, d'après notre Ancien Droit, non abrogé sur ce point par aucune des lois nouvelles, la tutelle est censée durer tant qu'il n'a pas été rendu compte. » Cet arrêt entraîne alors les tribunaux dans ce sens qui à diverses reprises vont appliquer cette théorie [5].

---

(1) Colin et Capitant : *Cours élémentaire de Droit Civil français*, t. I, 6me éd., p. 518.

(2) *Cours de Droit Civil positif français* 1930, t. I, p. 254.

(3) S. 30.2.345.

(4) S. 43.1.323.

(5) Pau 19 août 1850, S. 50.2.287, D. P. 51.2.5 ;
Angers, Trib. Civ. 9 févr. 1852, S. 53.2.289.

Mais en appel d'un jugement du tribunal civil d'Angers qui appliquait les principes de la tutelle de fait à un cas de ce genre, la Cour d'Appel infirme le jugement de première instance et se prononce en sens contraire [1]. Et c'est cette jurisprudence que vont suivre pendant un certain temps les jugements et arrêts à ce sujet.

En 1862, la Cour d'Agen reprend le système préconisé par Troplong et la Cour de Cassation, saisie d'un arrêt de la Cour d'Appel de Riom du 2 Août 1862, qui refusait l'application des règles de la tutelle, à un tuteur resté en fonctions, après la majorité du mineur, casse cet arrêt, en décidant qu'il y a lieu de voir dans cette espèce une tutelle de fait [2]. La plupart des Cours d'Appel reprennent alors ce système et depuis ce jour la jurisprudence est unanime à cet égard.

Cette Jurisprudence applique les règles de la tutelle à toute gestion du patrimoine pupillaire continuée après la majorité du mineur. A certains égards on pourrait trouver cette solution excessive, car il peut arriver qu'un tuteur, sans désirer conserver l'administration, ne puisse rendre son compte de tutelle avant un certain délai, le pupille étant par exemple absent au moment de sa majorité. Dans cette hypothèse, l'ex-tuteur quoique se bornant à faire des actes conservatoires sur le patrimoine pupillaire sera, suivant la théorie que nous admettons, regardé comme tuteur de fait et comme tel, chargé d'une grave responsabilité qui peut lui faire perdre une partie de son crédit, et l'empêcher de réaliser sur son patrimoine personnel des actes avantageux. Dans cette espèce

---

(1) Angers 23 févr. 1853, D. P. 53.2.42, S. 93.2.289.

(2) Agen 3 mai 1862, D. P. 63.2.16, S. 63.2.68.

particulière, rien n'empêche le tuteur de convoquer le conseil de famille, à qui il remettra le compte de tutelle et qui pourra le charger d'accomplir pendant l'absence du pupille les actes nécessaires à la conservation de son patrimoine. Cette gestion somme toute pourrait dans ce cas être assimilée à celle des héritiers du tuteur, prévue par l'article 419, gestion provisoire qui est un mandat légal. En effet, ces actes accomplis par le tuteur, alors qu'il a rendu son compte de tutelle, ne sont pas une suite nécessaire de la tutelle, ils ne s'y rattachent pas par une connexité évidente; ce sont des actes qu'un gérant ou un mandataire général doit faire sous peine de faute grave de sa part et qui tombent sous le coup de la garantie de l'article 1992 C. Civ.

C'est d'ailleurs de cette idée d'actes connexes, à la gestion pupillaire, d'actes qui en sont une suite nécessaire, que sont partis certains auteurs pour rechercher la solution de la difficulté. Le Droit Romain déjà semble, à propos de la gestion de l'ex-tuteur après la majorité du mineur, avoir insisté sur la qualité des actes accomplis par le tuteur et dans les Pandectes on trouve à différentes reprises ces expressions : « Administratio connexa » [1], « quasi connexum ». La loi 19 D. de tutelae et natio distrah. exclut de l'action de tutelle tout ce que le tuteur gère la tutelle finie et qui n'est pas une suite nécessaire de la gestion de la tutelle. Les Romains ont donc envisagé deux catégories d'actes accomplis par l'ex-tuteur : ceux qui se rattachent par une connexité nécessaire à la gestion tutélaire et les actes nouveaux qui en sont complètement indépendants. Les premiers étaient consi-

(1) V. plus haut : Historique.

dérés comme passés par le tuteur de fait, tandis que les autres étaient considérés comme le fait d'un mandataire ou d'un gérant.

Partant de là une théorie intermédiaire s'est créée, enseignant qu'il y avait tutelle de fait, suivant les actes passés par l'ex-tuteur, pendant sa gestion post-tutélaire : s'il s'agit d'actes d'administration qui ont eu lieu antérieurement à la majorité, mais dont les suites et conséquences fâcheuses pour le mineur, ne se sont produites que depuis la majorité, le tuteur est responsable comme tuteur de toutes les suites et conséquences qui s'attachent à ces actes; s'il s'agit au contraire d'actes qui sont non pas une suite nécessaire des faits de tutelle, mais totalement nouveaux et étrangers à la tutelle, on peut admettre que le tuteur n'agit là que comme mandataire et que par conséquent la responsabilité, qui lui incombe, est celle qui découle du mandat.

C'est ainsi qu'il y aurait tutelle de fait dans le cas suivant. Un tuteur touche quelque temps avant la majorité du mineur une certaine somme; le pupille arrive à sa majorité, mais l'ex-tuteur garde pendant une certaine période l'administration, et prête alors l'argent à un emprunteur dont l'insolvabilité se révèle par la suite. Le pupille aura dans ce cas une action directe contre son tuteur et pour garantie de cette action, il pourra faire valoir une hypothèque légale, car ce fait d'insolvabilité a pour principe un acte de l'administration tutélaire : dans cette hypothèse, la tutelle est réputée durer toujours.

C'est cette solution que la Cour de Rouen, dans un arrêt rendu le 29 Mars 1870 [1], semble avoir adopté.

---

(1) D. P. 70.2.73.

Elle déclare qu'il n'y a pas tutelle de fait, mais mandat, dans une hypothèse où elle juge que les actes accomplis après l'émancipation avaient une connexité évidente. Mais au lieu de faire produire à ces actes les conséquences normales découlant du contrat de mandat, elle les soumet aux principes de la tutelle de fait. Elle décide que l'hypothèque légale du mineur s'attache aux actes de l'administration du tuteur postérieurs à l'émancipation, que les intérêts de l'excédent non employé des revenus sont dus de plein droit, et qu'enfin le compte de tutelle comprenant les deux périodes de la gestion doit être rendu devant le tribunal du lieu où la tutelle a été déférée.

Cette Jurisprudence fait donc une discrimination entre les actes de l'ex-tuteur, et pose en principe qu'après l'émancipation il y a gestion d'affaires ou mandat. Mais comme certains actes post-tutélaires étaient une suite nécessaire de la gestion antérieure, elle admet que ces actes doivent être régis par les règles de la tutelle de fait.

Cet arrêt de la Cour de Rouen avait déjà été précédé de la même tentative de la part de certains tribunaux; ceux-ci auraient voulu faire produire aux actes du tuteur après la majorité telles conséquences suivant qu'ils fussent connexes ou non à la gestion tutélaire. « Si le tuteur du consentement du mineur devenu majeur, dit un arrêt de la Cour de Caen le 18 Novembre 1863 [1], a continué son administration, il en devra compte comme mandataire, mais il ne sera soumis pour ce dernier compte qu'aux règles et aux principes

(1) S. 64.2.201.

qui régissent le mandat, à moins toutefois que les actes d'administration qu'il a faits ne se lient intimement et ne soient connexes à des opérations de la tutelle ».

Cette dernière hypothèse est un peu différente de celle envisagée, étant donné qu'il y a ici consentement du pupille majeur à la continuation de la gestion de son patrimoine par son ex-tuteur, mais elle n'en fait que mieux ressortir la notion de discrimination des actes de gestion, la Cour de Caen considérant certains de ceux-ci comme actes tutélaires, alors même qu'il y a mandat expresse de l'ex-pupille.

Si ces arrêts paraissent en conformité avec la tradition romaine, il n'en est pas moins vrai qu'ils compliquent singulièrement les faits. D'un côté ils décident que l'ex-tuteur n'est qu'un mandataire ou un gérant d'affaires, et de l'autre ils font produire à ses actes les conséquences de la tutelle. Suivant les actes accomplis par le tuteur, celui-ci serait ou mandataire, ou tuteur de fait. Il y aurait donc dualité de personnalité, ce qui paraît peu conforme aux principes du Droit. De plus comment donner la limite exacte de la gestion du tuteur de fait et du mandataire. Les tribunaux, en faisant cette distinction, ne risquent-ils pas de commettre de graves erreurs?

Ne semble-t-il pas au contraire plus facile et plus juridique d'admettre que les actes, accomplis par l'ex-tuteur avant toute reddition de compte, sont une suite de la tutelle, même si ce sont des actes nouveaux. Ces actes ne sont qu'une suite indirecte pour la plupart, mais suite cependant de l'administration tutélaire.

Et ne doit-on pas se ranger à l'opinion de M. Josserand qui enseigne, dans son Cours de Droit Civil, que : « La distinction, que l'on veut ainsi établir, suivant qu'il existe ou non encore un mineur, est quelque peu substile et artificielle: les faits de gestion postérieurs à la majorité sont en réalité de même signification juridique que ceux qui ont précédé cet événement; les uns et les autres gravitent autour de la tutelle, dont ils sont fonction; les uns comme les autres sont accomplis par leur auteur, dans le même esprit, dans l'ambiance tutélaire; il nous paraît excessif et même peu juridique d'établir entre eux une coupure brutale » [1].

C'est d'ailleurs ce qu'a compris la Jurisprudence qui, à la quasi unanimité, depuis cette époque, a vu dans la gestion de l'ex-tuteur après la majorité de son pupille une tutelle de fait, soumise en grande partie aux règles de la tutelle de droit, et a repoussé le système hybride de la Cour de Rouen : « Il n'y a pas lieu de distinguer, dit la Chambre Civile le 15 Novembre 1898 [2], l'administration tutélaire proprement dite de celle qui s'est prolongée après la majorité du pupille...; la tutelle est présumée durer tant que le tuteur a continué de gérer sans avoir rendu son compte ».

Un arrêt récent de la Cour de Rennes décide aussi dans ses motifs « que ledit compte étant unique, bien que se rapportant à deux périodes, l'une qui correspond à l'exercice de la tutelle de la dame X..., jusqu'à la majorité de celle-ci, l'autre à la gestion de

---

(1) Josserand L. : *Cours de Droit Civil positif français*, éd. 1932, t. I, n° 467.

(2) D. P. 1904.1.465, S. 1899.1.140.

son patrimoine jusqu'à l'époque de son mariage, sans que, dans l'intervalle, il ait été rendu de compte de tutelle, emprunte à cette circonstance, en vertu des principes de l'Ancien Droit, d'une doctrine imposante et d'une jurisprudence aujourd'hui nettement fixée, le caractère d'un véritable compte de tutelle. — Que la tutelle, en effet, malgré l'avènement de la majorité du pupille, est réputée durer tant que le tuteur n'y a pas mis fin par une reddition de compte et continue la gestion du patrimoine de l'ex-mineur ou qu'il n'a pas tout au moins interverti le titre en vertu duquel il agissait, en signifiant sa volonté d'administrer comme gérant, à partir du jour de la majorité, et d'établir par suite un compte de gestion, séparé et indépendant du compte de tutelle » [1].

Dans tous ces arrêts la Jurisprudence considère donc comme fait générateur de la cessation de la tutelle, non plus l'âge du mineur, mais la reddition du compte de tutelle, qui devient ainsi le critérium permettant la distinction de la période correspondant à la continuation de la gestion tutélaire en une tutelle de fait ou en un mandat ou gestion d'affaires.

C'est que la Jurisprudence, visant avant tout la protection des intérêts pupillaires, préfère charger d'une responsabilité étendue l'ex-tuteur plutôt que risquer de laisser le pupille, même devenu majeur, sans recours contre une gestion abusive. D'ailleurs l'ex-tuteur qui conserve la gestion sans rendre son compte est coupable sinon de faute ou tout au moins de négligence.

---

(1) Rennes 20 février 1911, D. P. 1913.2.36.

L'intérêt du mineur peut même exiger de voir un tuteur de fait dans l'ex-tuteur qui refuse de se dessaisir de l'administration pupillaire après la majorité et de rendre son compte. Evidemment ce tuteur devrait plutôt être considéré comme un mandataire ou un gérant d'affaires qui commet une faute lourde et, comme tel, serait chargé de la responsabilité correspondant à celle de ce contrat ou quasi-contrat. Cependant il pourra être très utile pour le mineur de voir dans ce gérant un tuteur de fait. En effet, pendant la période où il aura conservé la gestion, il aura eu la possibilité de faire sur le patrimoine pupillaire certains actes frauduleux, puis se trouver lui-même démuni de garanties pour répondre de ses exactions. L'hypothèque légale du mineur, remontant au jour de l'acceptation de la tutelle, lui permettra alors de se faire indemniser de ces opérations frauduleuses.

La pierre d'achoppement de la théorie de la majorité de la doctrine, contraire à l'application des règles de la tutelle, est l'ignorance dans laquelle le mineur est tenu de son patrimoine. Ce mineur ignore, lors de son arrivée à la majorité, tout de ses biens et de la façon de les gérer puisque tout s'est fait sans lui pendant sa minorité.

C'est la raison pour laquelle les Romains avaient imaginé la curatelle de vingt-cinq ans. Ils avaient compris que l'impubère sorti de tutelle n'avait pas encore l'intelligence, ni surtout l'expérience nécessaire aux affaires. Aussi la loi Plaetoria au VI^e^ siècle menaça d'une poursuite publique ceux qui, en traitant avec le mineur de vingt-cinq ans, auraient abusé de son inexpérience pour le tromper, et permis ainsi au mineur trompé de se soustraire aux conséquences

des actes préjudiciables surpris à sa bonne foi. A partir de ce moment les mineurs perdirent tout crédit et l'institution de la curatelle fut décidée.

N'est-ce pas là une mesure des plus utiles que de confier au pupille la gestion de son patrimoine, avec cette réserve qu'il ait auprès de lui, pour le guider, un curateur dont le concours est nécessaire pour les actes importants, en sorte que, devenu majeur, le pupille soit instruit et de sa fortune et de la façon de la gérer.

Les législations modernes l'ont bien compris, qui ont édicté une institution de ce genre.

Le B. G. B. contient à cet égard différentes dispositions. L'article 1827 décide que le tribunal des tutelles doit entendre le pupille, qui a accompli sa quatorzième année sur certains actes tels qu'un contrat de louages ou de services, ou la rupture d'un lien d'allégeance envers l'Etat. De plus « lorsque le pupille a accompli sa dix-huitième année, le Tribunal des tutelles doit aussi l'entendre, autant que possible, avant de statuer sur l'approbation de l'un des actes désignés aux articles 1821 et 1822 n° 3 [1], comme aussi avant de statuer sur l'approbation à donner pour commencer ou liquider une exploitation industrielle ou commerciale ». Et même quand le mineur paraît suffisamment prudent et habile pour gérer, il bénéficie d'une « déclaration de majorité » qui l'assimile com-

(1) Les art. 1821 et 1822 du B. G. B. énoncent les actes pour lesquels l'approbation du tribunal des tutelles est requise, tels les actes de disposition ou d'acquisition d'un immeuble ou de droits immobiliers.

plètement à un majeur et qui est prononcée par le Tribunal des tutelles.

Le Code Civil italien de 1865 contient de même une disposition en ce sens. « Le mineur, après avoir accompli sa seizième année, dit l'article 251, alin. 3, aura le droit d'assister, mais sans voix délibérative, au conseil de famille dont la réunion lui sera à cet effet notifiée ».

Des dispositions semblables se trouvent dans le Code espagnol : art. 308, portugais : art. 212 et dans le Code de Zurich.

Le Code Civil français, qui est l'aîné de tous ces Codes, ne contient malheureusement aucune mesure de ce genre, sauf l'émancipation, qui est une institution facultative. Il serait à souhaiter que le législateur, rajeunissant et conformant à la pratique moderne certains textes usés, introduisit dans la loi quelques dispositions de cette nature.

Si à cette hypothèse de continuation de gestion par le tuteur après la majorité du pupille, on peut assimiler celle qui peut se produire après l'émancipation du mineur, il n'en est pas de même, pensons-nous, en cas de continuation de gestion après la mort du mineur. La Jurisprudence voit là cependant une tutelle de fait [1]. Il semble que ce soit le résultat d'une erreur, car la tutelle est une institution qui vise uniquement la protection du mineur. En cas de mort de celui-ci, ce sera à ses héritiers de demander, lors de la dévolution de la succession, le compte de tutelle. Pourquoi donner à ceux-ci une protection à laquelle

(1) V. plus haut p. 63, Civ. 16 déc. 1913, D. P. 1915.1.28.

ils n'ont aucun droit? L'ex-tuteur continuera de gérer le patrimoine pupillaire en tant que gérant d'affaires ou mandataire tacite, et non pas en tant que tuteur de fait. En effet, les circonstances ne sont plus les mêmes que lors d'une continuation de gestion après la majorité ou l'émancipation du pupille. Le successeur régulier est de plein droit saisi des biens, droits et actions du défunt, et le successeur irrégulier peut demander l'envoi en possession; s'ils laissent l'ex-tuteur en possession de l'hérédité, c'est de leur propre gré ou par suite de leur négligence. Et c'est sur l'ex-tuteur qui continue de gérer qu'ils voudraient faire porter le poids de leur négligence, en invoquant contre lui des mesures, qui n'ont été prévues que pour le cas d'une tutelle! Or, celle-ci n'existe plus puisque le mineur est décédé. Par conséquent ce tuteur, qui continue l'administration, n'est pas un tuteur de fait, mais un mandataire tacite ou gérant d'affaires, qui, lors du règlement de la succession, sera tenu de présenter deux comptes : le compte de tutelle proprement dit qui comprendra les actes faits jusqu'à la mort du pupille, et le compte comprenant les actes postérieurs à cette date.

Section III

HYPOTHESES QUI NE SONT PAS DES TUTELLES DE FAIT

A côté de ces hypothèses de tutelle de fait, reconnues pour la plupart par la Doctrine et la Jurisprudence, il existe certaines situations qui se rapprochent

singulièrement de cette notion et que l'on serait parfois tenté de confondre avec des tutelles de fait.

Nous avons vu que toute constitution irrégulière de la tutelle ne constitue pas une tutelle de fait. Ainsi le défaut fréquent de nomination ou de remplacement d'un subrogé-tuteur n'a pour sanction que la responsabilité et la destitution possible du tuteur, et ne l'empêche pas, à l'exception de certains actes déterminés, de gérer valablement.

Il y a aussi des tutelles provisoires, organisées par le législateur, qui offrent des points de ressemblance avec la tutelle de fait. C'est le cas d'héritiers qui gèrent pour le tuteur décédé; la loi institue là un mandat légal : art. 419 C. Civ. Ces héritiers doivent remplir les devoirs d'un mandataire fidèle : faire les actes conservatoires, renouveler les inscriptions et veiller aux réparations urgentes. Ils doivent en somme faire ce que les circonstances exigent pour l'intérêt du mandant. Cette règle a été empruntée par le législateur à nos anciens auteurs [1]. Meslé, dans son Traité des Minorités, tutelles et curatelles [2], en parle longuement: « Quoique l'héritier du tuteur ne soit pas tuteur, cependant si l'héritier est mâle et d'âge légitime, il est obligé d'expédier les affaires qui ont été commencées par le défunt. » Et plus loin il établit la responsabilité de l'héritier du tuteur qui gère la fortune pupillaire : « L'obligation de l'héritier pour ce qui lui est personnel, soit faute de gérer, soit pour ce qu'il a géré, ne vient que du dol qu'il peut commettre. Sa simple négligence ne peut donc lui être imputée... »

(1) Domat : *Lois Civiles*, liv. 1, tit. I, sect. 4, § 6.

(2) P. 221.

De même l'article 440 C. Civ. institue une tutelle provisoire, pendant la période qui s'écoule entre les excuses du tuteur, rejetées par le conseil de famille, et le pourvoi qu'il forme à cet égard devant le tribunal : « Il sera pendant le litige tenu d'administrer provisoirement. »

Il y a encore une administration provisoire dans l'hypothèse étudiée par l'art. 394 : « La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle; néanmoins et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un nouveau tuteur. » Cette gestion intérimaire n'est point une tutelle, car la mère en remplit les fonctions sans en avoir le titre, puisqu'elle l'a répudiée. Par suite, ses biens ne seraient pas, à raison de ladite gestion, grevés de l'hypothèque légale de l'article 2121. Il semble bien résulter des termes de la loi que, de même que les héritiers du tuteur, la mère doit se borner à faire les actes indispensables de tutelle.

Y a-t-il tutelle de fait dans l'hypothèse d'une mère tutrice, qui convoque le conseil de famille pour se faire maintenir dans la tutelle, mais se remarie avant la réunion de ce conseil? Un arrêt de la Cour de Montpellier du 14 Mai 1883 [1] déclare qu'elle n'est pas obligée de retarder la célébration du second mariage et qu'elle reste tutrice légale jusqu'à ce que le conseil de famille ou le tribunal saisi du recours contre la délibération, ait définitivement prononcé son maintien dans la tutelle ou son exclusion.

Enfin il existe une tutelle d'un genre tout spécial : la tutelle putative. Le tuteur putatif est celui qui

(1) S. 1885.2.50.

exerce la tutelle en vertu d'un titre frappé secrètement de nullité ou d'inexistence. D'après la majorité des auteurs, il ne faut pas voir là un tuteur de fait. La Jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer à cet égard, mais il n'est pas douteux qu'en vertu de l'axiome : « error communis facit jus », elle lui appliquerait les règles du mandat apparent en déclarant que les actes passés par un tel tuteur sont valables au regard des tiers, trompés par l'apparence.

Toutes ces hypothèses que nous venons d'étudier diffèrent de la tutelle de fait en ce qu'elles ne sont pas des tutelles indues : ce sont des cas particuliers d'administration tutélaire pour lesquels la loi a prévu un régime spécial, ou à défaut de la loi, la Jurisprudence qui décide que ce sont des tutelles légales ou provisoires, ces hypothèses n'offrant pas les caractéristiques de tutelles de fait.

DEUXIÈME PARTIE

De la sanction de la tutelle de fait

Les hypothèses, auxquelles doit s'appliquer la dénomination de tutelle de fait, étant connues, il reste à savoir quels sont les principes qui les régissent, à quelles règles elles doivent obéir. Devra-t-on se borner à un renvoi aux règles de la tutelle de droit, ou au contraire cette tutelle extra-légale suivra-t-elle un régime spécial?

En cas de tutelle de fait comme en cas de tutelle de droit, les grands principes directeurs de la tutelle sont identiques. La tutelle étant une institution établie pour protéger la personne et les intérêts du mineur, et le tuteur de fait s'attribuant sans droit la gestion des biens pupillaires, l'intérêt du mineur primera tous les autres et déterminera l'application à la tutelle de fait des règles qui régissent la tutelle de droit.

Certains systèmes cependant refusent au tuteur de fait le bénéfice des règles favorables au tuteur de droit. La majorité de la doctrine et la Jurisprudence ont admis au contraire, en raison des charges très lourdes imposées au tuteur de fait, l'assimilation à peu près complète de celui-ci à un tuteur de droit.

Nous allons donc diviser cette seconde Partie en deux chapitres : le premier contiendra le régime de la tutelle de fait et le second les sûretés et garanties existant en cette matière.

Nous ne nous étendrons pas sur la direction de la personne du mineur, celle-ci n'ayant pas donné lieu à contestation. L'exercice d'une tutelle de fait suppose en général une certaine indifférence des parents les plus proches du pupille et des membres du conseil de

famille. Comme personne ne s'occupe de faire régulariser la situation du mineur, il est bien improbable qu'on s'en prenne au tuteur de fait quant à la méthode d'éducation de son pupille. D'ailleurs de bonne comme de mauvaise foi, le tuteur de fait a tout intérêt à prendre un soin constant de la personne du pupille, car si celui-ci venait à disparaître, la tutelle cesserait aussi et avec elle les profits qui peuvent en découler pour le tuteur.

CHAPITRE PREMIER

De la sanction de l'administration tutélaire

DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR DE FAIT

Le tuteur de fait, en possession du patrimoine pupillaire, accomplit sur lui certains actes d'administration. Quel sera le sort de ces actes faits par le tuteur de fait?

Il ne fait pas de doute que ces actes seront nuls : aussi bien ceux que le tuteur pouvait faire seul sans l'observation des formalités légales, que ceux pour lesquels la loi exige l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal. Dans ce dernier cas, la nullité se trouvera simplement renforcée. Il pourrait même arriver que le tuteur de fait ait réussi à obtenir du conseil de famille l'autorisation nécessaire ou du tribunal l'homologation : même dans ce cas, il y aurait nullité de l'acte. Cette hypothèse est d'ailleurs bien improbable, car le conseil de famille ou le juge se sera aperçu de la fraude.

En cas de bonne foi du tuteur de fait, qui demande l'autorisation et l'obtient, il n'est pas douteux que ce tuteur extra-légal soit en possession d'un titre qui le fasse considérer comme un tuteur putatif.

En dehors de cette hypothèse de tutelle putative, les actes accomplis par le tuteur de fait tombent sous le coup d'une nullité. Il nous reste à déterminer la nature de celle-ci, à savoir si elle est absolue ou relative.

On a pu invoquer, en faveur du caractère absolu de la nullité, que, la tutelle étant une institution d'ordre public, les actes accomplis irrégulièrement étaient nuls d'une nullité absolue. Les conséquences de ce caractère sont que la nullité de ces actes est invocable et par le mineur et par les tiers, qui ont contracté avec le tuteur de fait, et qu'elle n'est susceptible ni de confirmation, ni de prescription. Cet argument a paru exact tant que la tutelle a été considérée comme un « munus publicum », mais n'a plus de valeur actuellement, cette idée de charge publique ayant fait place à celle de protection du mineur.

On a pu dire aussi qu'il y avait nullité absolue parce que les actes incriminés émanaient d'une personne sans qualité et qu'il y avait lieu d'appliquer strictement l'adage « nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet ».

Ces deux arguments n'ont pas prévalu, étant donné surtout que le législateur a institué dans la tutelle de droit la nullité relative des actes passés sans l'accomplissement des formalités exigées pour leur validité. Et il n'est pas possible de refuser d'appliquer cette nullité aux actes du tuteur de fait, alors surtout que le mineur aura le plus besoin de protection dans ces circonstances. La nullité relative permettra, en effet,

au pupille, parvenu à la majorité, une ratification expresse ou tacite. Lui seul sera juge de la validité de ces actes et suivant leur utilité agira en conséquence : il ne risquera donc pas de souffrir d'une gestion malhonnête ou simplement malheureuse du tuteur de fait; en cas d'annulation, il sera seulement tenu dans la mesure de l'enrichissement que l'acte lui aura procuré.

A l'encontre de cette théorie de la nullité des actes passés par le tuteur de fait, on peut soutenir que la maxime « error communis facit jus » s'applique en cas de bonne foi de la part du tiers avec qui le tuteur a contracté. Ce tiers invoquant son ignorance du défaut de qualité du tuteur ne peut-il soutenir qu'il y a là une erreur de fait dont il ne peut être rendu responsable, et que par conséquent, de même qu'à l'héritier apparent, on doit lui accorder le bénéfice de cette interprétation. Or l'on sait que la maxime « error communis », que l'on peut ainsi définir : « Toute situation de fait, contraire au droit, qui doit être maintenue lorsqu'elle est née d'une erreur invincible » [1] est interprétée d'une façon très large par la Jurisprudence, qui en a fait de nombreuses applications dans sa théorie de l'apparence. Mais dans l'hypothèse d'une tutelle de fait, y a-t-il une erreur invincible du tiers qui a contracté? Exception faite pour le tuteur putatif, la Jurisprudence n'a jamais admis le tiers au bénéfice de cette théorie de l'apparence. Celui-ci n'avait qu'à se renseigner sur la qualité de son co-contractant.

D'ailleurs l'adage « error communis » trouve son fondement dans un intérêt d'ordre public; chaque fois

(1) Mazeaud : *Revue trimestrielle de Droit Civil* 1924, p. 929.

que les tribunaux en font application, ils invoquent de graves raisons « d'ordre public et d'intérêt général » [1]. Or la tutelle est instituée en faveur des mineurs; il existe donc ici deux intérêts en présence et entre lesquels il faut choisir : celui du mineur et celui des tiers. Le mineur étant dans un état d'infériorité indiscutable par rapport aux tiers, la Jurisprudence n'a pas hésité à le préférer aux tiers et c'est la raison pour laquelle elle n'a jamais appliqué en cas de tutelle de fait la maxime « error communis ». La bonne foi des tiers ne pourrait jouer en leur faveur qu'en matière d'acquisition des fruits et de prescription.

Le mineur pourra donc agir en nullité contre tous les actes passés par le tuteur de fait. C'est ainsi que le paiement, fait au tuteur irrégulier par un tiers, d'une dette pupillaire ne sera pas libératoire; le mineur pourra répéter contre son débiteur. Cependant l'article 1240 C. Civ., disant que « le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé », éloigne en général les graves dangers que courent les tiers en effectuant un paiement. De plus, en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause, le mineur qui a profité du paiement effectué ne peut exiger du débiteur un second versement de fonds.

Etudions cependant un cas où le tiers serait d'une bonne foi indiscutable, par exemple, une mère a convolé sans réunir le conseil de famille, pour se faire maintenir dans la tutelle, et a dissimulé frau-

(1) Civ. 26 janvier 1897, D. P. 1900.1.33.

duleusement son mariage. L'acte passé par le tiers avec la mère tutrice de fait pourrait être validé, conséquence que l'on peut faire découler des articles 1.240, 2.008 et 2.009 C. Civ. On pourrait ainsi, en combinant ces deux idées de fraude du côté du tuteur et de bonne foi de la part des tiers, valider les actes passés par un tuteur quelconque qui aurait agi au nom du mineur après son excuse admise ou sa destitution prononcée, s'il était reconnu que le tiers était dans l'impossibilité de connaître l'expiration de ses pouvoirs. Il peut donc se présenter ainsi quelques cas très rares auxquels s'applique la théorie de l'apparence. Mais il faudrait bien se garder de généraliser cette théorie en notre matière et c'est la raison pour laquelle la Jurisprudence a toujours préféré dans ses arrêts l'intérêt du mineur à celui des tiers, l'erreur de ceux-ci étant rarement « invincible ».

Seule une catégorie d'actes est considérée comme valable par la Jurisprudence : les actes conservatoires, notamment l'interruption de prescription courant contre le mineur [1], la saisie-arrêt [2], l'appel d'un jugement rendu contre lui [3]. Ces actes conservatoires, faits par le tuteur de fait, ne sont valables, proclament les arrêts, que s'ils ont été faits dans l'intérêt du pupille. Et même ne doit-on pas y voir des actes obligatoires pour le tuteur de fait? Celui-ci détient le patrimoine pupillaire, par conséquent personne ne peut mieux connaître l'intérêt que présentent ces actes. Et à celui qui a pris ainsi en mains l'administration de ce patri-

(1) Colmar 25 juil. 1817, S. 18.2.250.
(2) Limoges 27 juil. 1822, S. 22.2.295.
(3) Turin 25 juin 1810, S. 12.2.417.

moine, ne doit-on pas étendre l'obligation, que la loi impose aux héritiers du tuteur, de veiller aux intérêts pupillaires et de faire les actes conservatoires les plus pressés?

Quant aux actes d'administration, la Jurisprudence a toujours refusé de les considérer comme pleinement valables.

Cependant un arrêt de Turin du 25 Juin 1810 paraît vouloir écarter la nullité de tous les actes résultant de l'administration du tuteur. Cet arrêt qui décide que « la nullité... serait d'autant plus irrégulière en l'espèce où les actes attaqués paraissent être la suite nécessaire d'une instance introduite pendant une administration légale et seulement indûment prolongée », a paru à certains contenir le principe de la validité des actes d'administration. Mais ni la doctrine, ni la Jurisprudence ne se sont ralliés, avec raison, à cette opinion.

Si les actes conservatoires sont valables alors même qu'ils sont accomplis par le tuteur de fait, à l'inverse les poursuites dirigées contre une personne, regardée à tort comme tutrice, le sont aussi à l'égard des mineurs, au moins lorsque les actes attaqués de nullité sont la suite nécessaire d'une instance introduite pendant une administration légale. Les jurisconsultes romains [1] soutenaient déjà cette opinion qui résulte aussi de l'arrêt de la Cour de Turin du 25 Juin 1810. Si ce tempérament à la règle de la nullité n'était pas admis, les tiers se croyant en rapports avec le tuteur de droit, qui par exemple serait un tuteur destitué qui a conservé l'administration, courraient

(1) Godefroy, sur la loi 10 D. *Quod falso tutore.*

de gros risques de lésion, étant donné qu'au moment où ils voudraient intenter un procès au mineur, leur action pourrait être éteinte par prescription. Cette hypothèse n'est qu'une application de la théorie de l'apparence et la contre-partie de la validité des actes conservatoires.

Il est enfin un dernier cas controversé de nullité d'actes accomplis par le tuteur de fait : c'est celui où la mère, ayant convolé en secondes noces, sans convoquer le conseil de famille, et ayant gardé la tutelle, se voit réintégrer par la suite par une délibération du conseil de famille intervenue sur une convocation postérieure au convol, délibération qui lui confère la tutelle dative. On a prétendu que les actes faits dans l'intervalle étaient validés. Il est admis aujourd'hui que la réintégration n'ayant pas d'effet rétroactif, ces actes sont toujours annulables, et c'est d'ailleurs la solution qui s'impose pour prévenir les fraudes possibles.

RESPONSABILITE DU TUTEUR DE FAIT

Le tuteur de fait, s'étant mis par sa faute ou sa négligence dans une situation irrégulière, est responsable de son administration et à l'égard du mineur et à l'égard des tiers.

A l'égard du mineur, doit-on appliquer au tuteur de fait l'article 450 C. Civ. qui établit pour le tuteur de droit une responsabilité plus grave que celle du droit commun? L'article 450, étant un texte protecteur des intérêts du pupille en tutelle légale, doit à plus forte raison régir la tutelle irrégulière qu'est la tutelle de fait.

Si dans notre hypothèse, le tuteur de fait était chargé de la responsabilité du droit commun, il serait mieux traité que le tuteur de droit dont il a empêché la nomination régulière et usurpé la place au préjudice du mineur.

C'est surtout à propos de cette responsabilité que l'on voit l'importance de la nature de la tutelle de fait. Si la tutelle de fait était considérée comme un mandat ou une gestion d'affaires, le tuteur irrégulier pourrait bénéficier de l'atténuation de responsabilité admise par les articles 1374 § 2 et 1992 C. Civ. Mandataire gratuit, il aurait droit au bénéfice des règles du mandat. Le mineur souffrirait donc de la gestion défectueuse du tuteur de fait, quand la faute de celui-ci ne pourrait être prouvée. Admettant au contraire l'application des règles de la tutelle de droit, le mineur sera toujours garanti de la gestion malheureuse du tuteur de fait : celui-ci, sachant qu'il n'était pas tuteur, n'avait qu'à ne pas s'ingérer dans l'administration du patrimoine pupillaire. Si donc sans faire une gestion qui pourrait être qualifiée de mauvaise, le tuteur de fait a administré d'une façon malheureuse, il n'en doit pas moins supporter les conséquences.

Et c'est bien ainsi que l'avait compris et proclamé un arrêt de la Cour de Cassation du 14 Décembre 1836 [1]. « La tutelle de fait de l'article 395 C. Civ., disait-il, repose sur le besoin de pourvoir aux intérêts des mineurs et de ne pas les laisser un seul moment sans tuteur. Il en résulte que cette tutelle de fait doit entraîner les mêmes charges, la même responsabilité

(1) Cass. 14 déc. 1836, S. 37.1.88.

que la tutelle de droit. Il serait souverainement injuste que le mineur perdit le droit et les garanties que la loi lui accorde par cela seul qu'il n'aurait pas été régulièrement pourvu d'un tuteur, lorsque d'un autre côté il n'en était pas moins à la merci d'une gestion que comme mineur il ne pouvait ni empêcher, ni faire cesser. Les mineurs ne doivent en aucun cas souffrir d'une négligence qui ne leur est point personnelle. En affranchissant le tuteur de fait des obligations qui pèsent sur le tuteur de droit, on arriverait à ce résultat que celui qui obéit aux prescriptions de la loi serait dans une position moins avantageuse que celui qui la méconnaît, ce qui est inadmissible ».

De plus certaines conséquences pratiques importantes découlent de ce principe de l'assimilation de la tutelle de fait à une tutelle de droit. Dans le cas où le tuteur de fait n'aura pas fait inventaire des biens mobiliers du pupille, celui-ci pourra prouver par commune renommée la consistance de son mobilier et en exiger la restitution; de même si le tuteur de fait n'a pas fait d'inventaire, il ne pourra exciper d'une créance qu'il aurait contre le mineur, l'art. 451 C. Civ. l'exigeant pour la tutelle de droit.

Le tuteur de fait, étant soumis aux règles de la tutelle de droit, sera donc responsable de toute faute commise par lui dans sa gestion, même de ses fautes légères.

Mais si le tuteur irrégulier est responsable de sa gestion, il l'est aussi du défaut de gestion lorsqu'il a pris en mains le patrimoine pupillaire. Et ce défaut de gestion, dont le tuteur est responsable, se rapporte aux actes conservatoires qu'il n'a pas faits, tels qu'une interruption de prescription. En effet, dans cette hypo-

thèse, si les grandes prescriptions sont suspendues contre le mineur en vertu de l'adage : « contra non valentem agere non currit praescriptio », les petites prescriptions de cinq ans et au-dessous, établies par les articles 2.271 et 2.277 courent contre les mineurs et interdits. Si donc le tuteur de fait n'a pas interrompu celles-ci, il est responsable du dommage qui en résulte pour le mineur.

La responsabilité du tuteur de fait commence au moment précis où il s'empare du patrimoine du mineur et dure tout le temps que se continue la gestion, ne se terminant que par la mort du tuteur irrégulier ou la reddition du compte de tutelle. Si le tuteur de fait a continué l'administration après la majorité du pupille, il en est responsable en tant que tuteur, dans la thèse soutenue ici. Par contre l'héritier du tuteur de fait, n'étant qu'un simple administrateur, n'est soumis, pour les actes qu'il a faits pendant sa gestion intérimaire, qu'aux règles du mandat : art. 419 C. Civ.

A côté de cette responsabilité générale du tuteur de fait, existe une hypothèse particulière qui prête à de nombreuses discussions, à savoir l'étendue de la responsabilité du mari cotuteur de fait, lorsque la femme s'est remariée sans l'autorisation du conseil de famille. Le mari est-il responsable de la gestion antérieure et postérieure au mariage, ou seulement de la gestion antérieure?

Lors de la rédaction du Code Civil, l'article 395 qui établit cette cotutelle fut l'objet de vives controverses, et ces dernières années une nouvelle loi en modifiait encore les termes. La première rédaction, soumise à l'approbation du Conseil d'Etat

dans la séance du 16 brumaire an XI, disait ceci : « et son nouveau mari sera solidairement responsable de l'indue gestion qui aura eu lieu depuis le second mariage » [1]. Le second mari ne devait donc, suivant l'opinion du rédacteur du titre de la Tutelle, n'être responsable que de la gestion faite depuis le remariage. Sur communication officieuse, le Tribunat demanda que cette rédaction fut changée, afin de déclarer le mari responsable et de l'indue gestion et du défaut de gestion [2]. Après renvoi à la Commission, l'article est modifié et présenté ainsi à l'Assemblée : « et son nouveau mari sera solidairement responsable des suites de la tutelle indûment conservée ». Cette rédaction provoqua de nombreux commentaires de la part des auteurs et de grandes divergences d'opinions sur les conséquences de cette responsabilité.

Cette responsabilité du nouveau mari portera-t-elle sur la gestion postérieure au mariage, ce qui est admis à l'unanimité, et sur la gestion antérieure? Si l'on se prononce pour l'affirmative, ne fera-t-on pas peser sur le mari une charge excessivement lourde qui souvent l'empêchera de procéder à de justes noces. La mère tutrice qui ne convoque pas le conseil de famille a commis une faute; ce n'est pas une raison pour en faire supporter les conséquences au mari, qui n'est pas obligatoirement au courant de la gestion défectueuse de la femme avant son mariage, et qui ne jouira plus d'aucun crédit.

La loi du 20 Mars 1917 a changé une dernière fois les termes de l'article 395 en supprimant les mots

---

(1) Locré, Procès-verbaux du Conseil d'Etat, p. 197.

(2) Fenet, t. X, p. 610.

« solidairement » et « toutes » : « A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit et son mari sera responsable des suites de la tutelle indûment conservée. »

Cette nouvelle rédaction ne met pas fin à la controverse sur l'interprétation de l'art. 395. Quant à la suppression du mot « solidairement », il semble qu'il y ait eu là une inadvertance de la part du législateur, celui-ci ne l'ayant pas fait disparaître de l'art 396; de plus, le mari ayant concouru à la faute de la femme tutrice, qui ne convoque pas le conseil de famille, la solidarité du nouveau mari existera, car il est constant en Jurisprudence que les co-auteurs d'un délit civil soient de plein droit responsables solidairement des conséquences dommageables de leur faute commune.

Mais en rayant le mot « toutes » de l'article 395, le législateur n'a-t-il pas entendu par là limiter la responsabilité du mari à la gestion postérieure au mariage? La doctrine est divisée à cet égard, certains auteurs repoussent cette interprétation [1], les autres au contraire admettent [2] avec M. Josserand la solution extensive, consacrée expressément dans le Droit Romain par la Constitution des empereurs Théodose [3] et Valentinien et admise par nos anciens auteurs [4].

A s'en tenir au texte de l'article 395, ne peut-on dire que c'est la solution extensive qu'ont entendu

---

(1) Planiol, n° 505; Collin et Capitant, p. 483.

(2) Josserand, n° 374, p. 220

(3) 6 C., *In quibus causis*, VIII, 15.

(4) Domat, liv. II, des *Tuteurs*, tit. I, sec. 3, n° 37.

consacrer les rédacteurs du Code Civil, puisque le premier texte, qui édictait une responsabilité limitée, a été repoussé par le Tribunat. Il semble donc que la seconde rédaction, tenant compte des observations faites lors de la discussion par le Tribunat, doive consacrer la solution extensive.

Evidemment les termes de l'article 395 sont assez ambigus, mais n'y a-t-il pas un motif d'équité à préférer l'intérêt du mineur à celui du nouveau mari de la femme. Et ne peut-on croire que le mari ait eu, dès avant le mariage une influence considérable sur la femme qu'il veut épouser : n'est-ce pas là une sorte de période suspecte? On peut même dire, que le nouveau mari n'a consenti à ce mariage que parce que la femme l'a avantagé par des actes frauduleux passés sur le patrimoine pupillaire, actes dont seule serait responsable la femme qui par la suite pourrait être insolvable et incapable d'en réparer les conséquences.

Enfin la gestion postérieure au mariage n'est-elle pas la suite de celle exercée par la femme tutrice et beaucoup d'actes faits par celle-ci avant son mariage ne produiront leurs effets que par la suite, alors que le mari gérera en fait.

Avec la majorité de la doctrine, la Jurisprudence s'est prononcée à différentes reprises dans le sens de la solution extensive [1].

Mais si le tuteur de fait est responsable à l'égard du mineur des actes de gestion faits sur le patrimoine

---

(1) Dijon 16 juil. 1862, D. 62.2.146 ;
Nancy 27 juin 1891, P. F. 92.2.97 ;
Paris 14 mars 1905, S. 1906.2.156, D. P. 1907.2.23.

pupillaire, il encourt aussi à l'égard des tiers une grave responsabilité. N'a-t-il pas, en effet, induit ceux-ci en erreur, en contractant au nom du mineur, et les tiers, dépouillés par l'exercice de l'action en nullité du mineur ne pourront-ils se retourner contre le tuteur de fait pour se faire indemniser du préjudice subi? Ce préjudice existera dans la plupart des cas puisque le mineur ne doit rembourser que dans la mesure de son enrichissement. Qui devra définitivement supporter la perte? En principe, le tuteur de fait est responsable : les tiers, avec qui il a contracté au nom du mineur, pourraient se retourner contre lui pour se faire indemniser, quoiqu'ils aient commis une grave imprudence en ne se renseignant pas sur la qualité du tuteur. Cependant il faut faire endosser au tuteur de fait une responsabilité entière, car c'est lui qui, en se mettant dans une situation irrégulière, a provoqué cette imprudence, dont il pourrait vouloir se prévaloir à l'encontre des tiers, pour leur faire partager sa responsabilité.

Ainsi que l'enseigne M. Planiol « le co-contractant du tuteur de fait, ne pouvant demander la nullité de l'acte, doit donc attendre à cet égard le bon plaisir du mineur; mais il est en droit de se faire indemniser par le tuteur de fait du préjudice que lui causerait l'annulation d'un acte qu'il avait cru régulier, si du moins l'erreur qu'il a commise est excusée par l'apparence trompeuse créée par la tutelle de fait » [1].

Récemment la Cour de Cassation [2] était saisie d'une affaire de ce genre, à propos du rôle du subrogé-

---

(1) Planiol et Ripert : *Traité pratique de Droit Civil français*, 1925, t. I, n° 504.

(2) Cass. 29 nov. 1926, D. 28.1.41, S. 27.1.41.

tuteur en cas de tutelle de fait. La délibération, maintenant la mère remariée dans la tutelle de son enfant mineur, ayant été annulée comme irrégulière, il y avait nullité d'un acte litigieux accompli par elle. Le tiers, lésé par l'exercice de cette action, introduit alors une instance contre la mère tutrice et son second mari cotuteur, tendant à rejeter exclusivement contre ceux-ci la responsabilité d'un acte, accompli sans qualité et dont, sauf dans la mesure où il a pu en tirer un profit personnel, le mineur ne devait pas supporter les conséquences. Comme il y avait opposition d'intérêts entre le mineur et ses tuteurs de fait, le subrogé-tuteur intervient à l'instance pour le mineur. Sans juger sur le fond du procès, la Cour de Cassation valide cette intervention du subrogé-tuteur et implicitement admet la possibilité du recours du tiers lésé par l'exercice de l'action en nullité du mineur contre les tuteurs de fait, car ceux-ci ont commis une faute pouvant entraîner leur responsabilité. On sait, en effet, qu'en principe, l'annulation d'un acte irrégulier ne donne pas à la victime de la nullité une action en responsabilité contre le tuteur, parce qu'il incombait à cette prétendue victime de s'assurer des conditions de régularité de l'acte [1]. Mais il en est autrement dans le cas de dol, de garantie contractuelle ou de faute lourde du tuteur et dans l'hypothèse d'une tutelle de fait, n'y a-t-il pas le plus souvent faute de la part de ce tuteur extra-légal, faute qui engagera en général sa responsabilité envers les tiers.

Enfin il faut aussi étudier le cas où l'administration du patrimoine pupillaire serait aux mains de

---

(1) Nancy 9 mai 1885, D. P. 86.2.134.

deux tuteurs : l'un de droit, l'autre de fait. C'est l'hypothèse d'un tuteur légal trop âgé qui laisse entièrement aux mains d'un tiers l'administration du patrimoine pupillaire. Ce mandataire est un tuteur de fait, car le tuteur de droit ne peut se décharger par un mandat général de la gestion tutélaire. « Le même acte spécifiera, déclare l'art. 454, alin. 2, si le tuteur est autorisé à s'aider dans sa gestion d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, salariés et gérant sous sa responsabilité ». Ce mandataire, tuteur de fait, est donc soumis aux obligations découlant de la tutelle. Il sera responsable de sa gestion comme tuteur envers le mineur, mais à l'égard du tuteur de droit, il ne sera qu'un mandataire; il ne pourra rien demander au mandant avant d'avoir rendu son compte, et il aura à justifier de la réalité et du fondement des créances qu'il prétend lui réclamer [1]. Dans cette hypothèse le mineur est protégé doublement, puisqu'il a un recours contre le tuteur de droit : recours qui devra être exercé le premier, et à défaut de suffisance, il pourra agir contre le tuteur de fait au même titre et avec les mêmes garanties que contre le tuteur de droit.

PRESCRIPTION

L'article 475 C. Civ. établit pour l'action du mineur contre le tuteur, relativement aux faits de la tutelle une prescription spéciale de dix ans. Dans l'hypothèse d'une tutelle de fait, doit-on accorder au tuteur irrégulier cette prescription qui lui est favorable, ou

---

(1) Req. 23 janv. 1872, D. P. 72.1.196 ; Paris 31 mars 1876, S. 78.2.9.

au contraire doit-on le laisser soumis à la prescription du droit commun?

Le tuteur de fait, ayant commis une faute ou une grave négligence, il est juste qu'il soit tenu de la même responsabilité et des mêmes garanties que celles qui incombent au tuteur de droit. Mais n'est-ce pas à ce point de vue : l'intérêt du pupille, que doit se borner l'assimilation du tuteur de fait à un tuteur de droit? Ne doit-on pas refuser à celui-là les règles favorables qu'édicte le Code Civil en faveur du tuteur légal, en contre-partie de ses obligations? Certains auteurs l'ont prétendu et notamment M. Savatier qui, dans une note sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 Novembre 1926 [1] s'exprime ainsi : « Le tuteur de fait doit réparer les conséquences de la faute qu'il a commise. Et la première réparation consistera à ne pouvoir personnellement être mieux traité que le tuteur dont il a empêché la nomination régulière et dont il a usurpé la place au préjudice du mineur. Toutes les obligations, toutes les charges qui auraient pesé sur ce tuteur devront être mises sur la tête du tuteur de fait, mais à cela doit se borner la ressemblance entre un véritable tuteur et ce représentant illégal du mineur ».

Cette théorie a paru sévère, aussi à l'encontre de MM. Savatier et Planiol [2], la Jurisprudence a admis le tuteur de fait au bénéfice des avantages accordés au tuteur de droit au titre de la Tutelle.

Evidemment, pour refuser au tuteur de fait l'application de l'art. 475, on peut invoquer qu'un délit

---

(1) Cass. 29 nov. 1926, D. P. 28.1.41, S. 27.1.41.

(2) Planiol : *Traité pratique de Droit Civil français*, t. I, n° 505.

ou un quasi-délit ne peut être générateur d'un droit au profit de son auteur. Une situation irrégulière et volontaire ne saurait donner les mêmes avantages qu'une situation légale. Mais les motifs de l'art. 475 sont de nature à justifier une exception. En effet, le tuteur de fait est chargé d'une grave responsabilité; il exerce une charge onéreuse et gratuite; l'administration du patrimoine pupillaire est compliquée et souvent très longue; les pièces justificatives d'une telle gestion sont difficiles à conserver longtemps et ne consistent souvent qu'en de simples notes. Il paraît donc difficile de refuser au tuteur de fait le bénéfice de la prescription décennale.

Seul le point de départ variera suivant les hypothèses. Le cas le plus fréquent est régi par l'art. 475 : « à compter de la majorité du pupille. » Mais le tuteur qui continue de gérer les biens de son pupille après la majorité de celui-ci, ou après son émancipation, étant censé les administrer en la même qualité, ne pourra invoquer que la prescription court depuis la majorité. La prescription décennale de l'action relative aux faits de tutelle ne peut courir à son profit tant que dure cette administration. Et c'est ce qu'a bien compris la Cour de Cassation. « Attendu, dit l'arrêt de la Chambre Civile du 15 Février 1882, que le tuteur qui continue à gérer les biens de son pupille après la majorité ou le décès de celui-ci est censé les administrer en la même qualité; et que par conséquent la prescription ne court à son profit qu'à partir du jour où cette administration a cessé » [1]. Cet arrêt a entraîné

(1) Civ. 15 févr. 1882, D. P. 83.1.111, S. 82.1.248.

dans ce sens les Cours et Tribunaux qui, à différentes reprises, se sont prononcés à ce sujet [1].

Ces décisions sont très logiques, car il peut arriver qu'un tuteur, peu pressé de faire vérifier son administration, retarde la reddition du compte de tutelle, ou encore que le mineur devenu majeur n'ose pas réclamer ses comptes au tuteur. Si la prescription commençait le jour de la majorité, le mineur courrait le danger de se voir opposer par le tuteur, dix ans après sa majorité, l'article 475 et le pupille se trouverait désarmé. Le point de départ de la prescription ne peut donc être celui édicté par le législateur. Des divergences d'opinions existent d'ailleurs à ce sujet, suivant que l'on se trouve en présence d'une action en nullité d'un traité conclu avant la remise du compte ou de l'action en reddition du compte tutélaire.

Faudra-t-il, suivant en cela la Jurisprudence dominante au sujet de la prescription en matière de tutelle de droit, fixer un point de départ différent à ces deux sortes d'actions : date de la confection du contrat pour les actions en nullité et date de la cessation de l'administration pour l'action en reddition de compte? Dans le cas spécial de tutelle de fait après la majorité du pupille, l'action en nullité durerait parfois aussi longtemps, mais en général moins longtemps, que l'action en reddition du compte de tutelle. Or en matière de tutelle de droit, c'est ce qu'a voulu éviter la Jurisprudence : pour elle, l'action en nullité peut survivre à l'action en remise du compte, mais ne peut jamais s'éteindre avant. Dans la tutelle de fait après

---

(1) Civ. 16 déc. 1913, D. P. 1915.1.28. — Trib. Civ. Seine 7 mai 1921, D. P. 1921.2.147.

la majorité du mineur, il semble que les points de départ des deux actions doivent se confondre, par conséquent le délai de prescription de ces actions commencera à courir du jour où l'administration a cessé, au moins pour les traités qui ont précédé la cessation de la tutelle. En effet, il y a une présomption de fraude de la part du tuteur qui a conclu avec son ex-pupille un traité relatif à la tutelle, alors que le tuteur a conservé l'administration. C'est donc l'alin. 2 de l'art. 1304 C. Civ. qui sera appliqué, l'ex-pupille ne pouvant s'apercevoir de la fraude ou du dol que du jour où il a en mains le compte de tutelle. Le point de départ de la prescription sera donc la remise de ce compte. Quant aux traités conclus après la reddition du compte de tutelle, mais avant que l'intervalle des dix jours se soit écoulé, ils commenceront à être prescrits du jour où ils ont été conclus.

Enfin la pratique notariale agit aussi dans ce sens et M. Amiaud précise, dans son Traité formulaire du notariat, que « lorsqu'un tuteur a conservé l'administration après la cessation de la tutelle, la prescription décennale ne court que du jour où l'administration a cessé » [1].

---

(1) Amiaud, 7me éd., t. V, *Successions et warrants*, p. 369, n° 99.

CHAPITRE II

Des mesures de garantie et des sûretés en matière de tutelle de fait

Sous ce titre doivent rentrer toutes les mesures que le Code Civil édicte pour la conservation des intérêts pupillaires. Le mineur, dont la situation est irrégulière par suite de l'administration par un tuteur de fait de son patrimoine, a droit à une protection toute aussi efficace que s'il était en tutelle légale. Aussi les garanties et sûretés, que donne le législateur au titre de la Tutelle, doivent-elles être les mêmes en tutelle de fait qu'en tutelle de droit. Le cortège des garanties qui accompagnent la tutelle se rattache, en effet, bien plus à la nature des fonctions qu'à la qualité de celui qui les exerce.

Il est intéressant de rapprocher à ce point de vue une situation qui peut exister en Droit administratif et a été prévue par un décret du 31 Mai 1862 : celle du comptable de fait ou occulte. Tout gérant extra-

réglementaire des deniers publics est assimilé, aux termes de ce décret, aux comptables officiels. « Toute personne autre que le comptable, dit l'art. 25, qui sans autorisation légale se serait ingérée dans le maniement des deniers publics est, par ce seul fait, constituée comptable, sans préjudice des poursuites prévues par l'art. 258 du Code pénal, comme s'étant immiscée sans titre dans des fonctions publiques. Les gestions occultes sont soumises aux mêmes juridictions et entraînent la même responsabilité que les gestions patentes et régulièrement décrites ».

C'est une règle admise depuis toujours que les comptables occultes sont assimilés aux comptables réguliers, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi, au point de vue de la responsabilité et de la compétence.

Dans une première section, nous envisagerons les mesures prises pour empêcher le tuteur de fait de dilapider les biens du mineur pendant la gestion pupillaire et dans la seconde section, nous étudierons les sûretés que possède le pupille contre son tuteur de fait.

Section I

DES MESURES DE GARANTIE

Incapacités dont est frappé le tuteur de fait

Pendant la gestion tutélaire, le tuteur de droit est frappé de certaines incapacités par le législateur, incapacités qui ont pour but d'interdire au tuteur certains actes considérés comme préjudiciables pour le mineur,

dangereux ou suspects de fraude. On doit de même les interdire au tuteur de fait, qui a ainsi que le tuteur légal, la gestion des biens pupillaires. C'est ainsi que conformément à l'art. 450 C. Civ., le tuteur de fait ne pourra ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille. Il ne pourra pas accepter purement et simplement une succession. La loi lui interdit aussi toute libéralité au nom du pupille et dans l'art. 2.045 défend toute transaction entre tuteur et pupille. Enfin l'art. 907 C. Civ. établit l'incapacité pour le mineur de disposer en faveur de son tuteur avant que le compte de tutelle ait été rendu et apuré et l'art. 472 interdit tout traité entre tuteur et mineur, devenu majeur, avant que le délai de dix jours, ayant suivi la reddition du compte de tutelle, ne soit écoulé.

On a parfois nié que ces dispositions soient applicables au tuteur de fait, en prétextant qu'elles sont d'ordre étroit et qu'elles ne peuvent être étendues à d'autres personnes. Mais dans le cas présent, on ne se trouve pas en face d'une extension de règles de droit strict à certaines catégories de gens pour lesquelles ces règles ne sont pas prévues. D'après la théorie de l'assimilation, admise à la quasi unanimité, le tuteur de fait est considéré comme étant un tuteur légal : tout se borne donc à l'application stricte des principes de la tutelle.

D'ailleurs le tuteur de droit et le tuteur de fait se trouvent exactement dans les circonstances prévues par le législateur. En effet, celui-ci a, dans l'art. 907 par exemple, interdit au mineur de disposer en faveur de son tuteur avant la reddition et l'apurement du compte de tutelle; la même situation se retrouve dans l'hypo-

thèse d'une tutelle de fait comme en face d'une tutelle légale, et encore y a-t-il baucoup plus à craindre du tuteur irrégulier des abus d'influence ou même des mesures de contrainte pour obliger le pupille à lui faire des libéralités.

La Doctrine [1] et la Jurisprudence [2] ont montré la même unanimité pour décider l'application au tuteur des faits des mesures, édictées par le Code Civil, frappant d'incapacités diverses le tuteur de droit : art. 907 et 911, 2.045; art. 450, alin. 3.

Emploi et Intérêts

Le législateur, confiant au tuteur la personne et la fortune du mineur, n'a pas voulu qu'il puisse faire fructifier à son profit le patrimoine à lui confié et lors de la reddition du compte de tutelle, rapporter l'argent liquide qu'il a touché, en donnant comme prétexte de non-emploi des deniers de la tutelle la crainte de mauvaises spéculations. Aussi l'article 455 Code Civil impose au tuteur l'obligation de faire emploi, faute de quoi il devra les intérêts de plein droit. « Ce conseil, dit l'art. 455, déterminera positivement la somme à laquelle commencera pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense; cet emploi devra être fait dans le délai

---

(1) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., n° 505; Josserand, op. cit., n° 469.

(2) Limoges 4 mars 1822, S. 22.2.265 ;
Grenoble 26 juill. 1828, S. 29.2.28 ;
Civ. Cass. 16 déc. 1836, S. 37.1.88 et sur renvoi ; Montpellier 21 déc. 1837, S. 38.2.390 ;
Agen 3 mai 1862, D. P. 63.2.16, S. 63.2.68.

de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi ». Cette disposition est complétée par l'article 456 C. Civ. disant qu'à défaut de fixation de cette somme par le conseil de famille, « il devra les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit ».

Dans ces deux articles, le législateur édicte, en faveur du mineur, une présomption rigoureuse pour le tuteur, à savoir que le tuteur a employé à son profit les économies et capitaux touchés pendant la tutelle.

Ainsi le mineur n'aura besoin de faire aucune mise en demeure pour faire courir les intérêts contre son tuteur et ceux-ci se capitaliseront de plein droit, produisant à leur tour des intérêts. Le tuteur est comptable des intérêts des sommes qu'il a touchées, et aussi de celles qu'il n'a pas touchées lorsqu'il est établi que c'est par la faute du tuteur que les recouvrements de deniers n'ont pas été effectués au profit du mineur. Dans ce cas, ce n'est plus la présomption qui joue, mais bien plutôt l'idée de faute.

Ces dispositions s'appliqueront au tuteur de fait et d'une façon au moins aussi rigoureuse, la présomption étant la même et la faute du tuteur existant dans la plupart des cas de tutelle de fait.

Les intérêts courront au taux légal et s'il est prouvé que le tuteur de fait par un emploi judicieux des sommes touchées en a tiré un profit plus grand, il devra rembourser les intérêts non au taux légal, mais suivant la valeur que ces sommes ont effectivement rapporté. Cette éventualité peut se produire surtout en cas de placements de deniers du mineur en valeurs à lots, alors qu'il aurait été favorisé par un tirage heureux.

La Jurisprudence a appliqué ces principes dans tous les cas où elle a jugé qu'il y avait tutelle de fait. En cas de gestion du tuteur après la majorité du pupille, elle en a fait découler les conséquences normales du principe qu'elle appliquait : suivant qu'elle voyait là une tutelle de fait ou un mandat, le tuteur était soumis aux règles de la tutelle ou du mandat. Mais suivant la thèse soutenue ici, on devra toujours appliquer les règles de la tutelle, c'est-à-dire les articles 455 et 456 C. Civ., et ce faisant, l'on ne fait que suivre la tradition de l'Ancien Droit. « Tant et si longtemps que le compte n'est pas rendu, disait Meslé, le tuteur demeure sujet aux intérêts, la tutelle durant toujours » [1].

S'il était vrai que la majorité pût être considérée comme une interversion de titre, le mineur ne pourrait réclamer aucun intérêt au tuteur qui continue de gérer son patrimoine. Dans ce cas le tuteur serait mandataire du mineur devenu majeur et « le mandataire, dit l'art. 1996, doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi; et de celles dont il est reliquataire à dater du jour qu'il est mis en demeure ». En cas de mandat, la présomption édictée en faveur du mineur en tutelle ne joue donc plus et ce sera au mineur à prouver que le tuteur a employé les sommes à son profit, ce qui sera souvent très difficile. « Voudrait-on soutenir que le tuteur reste sous l'influence de la présomption de droit qu'il a fait tourner à son profit les sommes non employées, demande Troplong. Mais dans quelle contradiction n'est-on pas alors entraîné! On veut d'un côté que,

(1) Meslé : *Traité des minorités, tutelles et curatelles.*

depuis la majorité, le caractère de tuteur s'éteigne de plein droit et de l'autre on continue à faire peser sur lui des présomptions qui ne sont attachées qu'à la qualité de tuteur... Le même individu est traité à la fois comme tuteur et comme délivré de la tutelle, comme hors du droit commun et comme jouissant du droit commun » [1]. La protection du mineur devenu majeur à qui le compte de tutelle n'a pas été rendu exige donc l'application des lois sur la tutelle, de préférence à toutes autres, surtout à ce point de vue des intérêts des sommes non employées et de la capitalisation des intérêts.

Mais la détermination de ces intérêts est parfois assez compliquée par suite de changements dans la personne du tuteur et du pupille. La Jurisprudence en donne un exemple frappant dans un arrêt de la Cour de Paris du 31 Mars 1876 [2] où par suite de changements survenus dans la situation et l'état des personnes en cause, il faut distinguer cinq périodes correspondant chacune à une gestion différente.

Il s'agissait en l'espèce d'un mineur sous la tutelle légale de sa mère. Un tiers s'occupe avec la tutrice de l'administration des biens pupillaires. — La mère décède, le tiers est nommé tuteur. — Le pupille devient majeur. Il est pourvu d'un conseil judiciaire dans la personne de son ex-tuteur qui d'ailleurs a continué et continue d'administrer les biens de son ex-pupille. — L'ex-tuteur décède; plusieurs années s'écoulent; alors l'ex-pupille forme une demande en reddition de compte contre les héritiers du tuteur.

---

(1) Troplong ; note sous arrêt de Nancy 19 mars 1830, S. 30.2.345.

(2) S. 78.2.9.

Pour résoudre les difficultés soulevées par cette affaire, il faut distinguer cinq périodes :

1re période : antérieure à la nomination du tuteur. La mère étant tutrice légale, le tiers avait auprès d'elle le rôle d'un gérant d'affaires. Pour les intérêts, on appliquera l'art. 996 : le tiers devra l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi, et de celles dont il serait reliquataire à compter du jour de la mise en demeure. Le tiers n'est pas tenu comme tuteur. — La mère est décédée : le tiers a été nommé tuteur. Cette circonstance ne change pas sa qualité pour la première période, car le pupille héritant de sa mère est tenu à garantir le tuteur contre la gestion de celle-ci, tutrice précédente.

2me période : depuis la nomination du tiers comme tuteur jusqu'au décès du tuteur. On appliquera les articles 455 et 456 : capitalisation des intérêts par six mois faute d'emploi.

3me période : depuis la majorité du pupille jusqu'au décès du tuteur. Après la majorité du pupille, le tuteur continue d'administrer. Suivant la doctrine de la Cour de Cassation qui est soutenue dans cette thèse, la tutelle est censée durer. Donc le tuteur est tenu de faire emploi. Dans cette période le tuteur est nommé conseil judiciaire de l'ex-pupille. N'importe, il continue à administrer, c'est la tutelle qui dure.

4me période : depuis le décès du tuteur jusqu'à la demande en reddition de compte. Cette période met en présence le mineur devenu majeur et les héritiers du tuteur. Ceux-ci sont tenus de toutes les conséquences de la tutelle et de l'administration tutélaire antérieure au décès : art. 419 C. Civ. Si le pupille était

encore mineur, les héritiers ne continueraient la gestion que comme mandataires et par conséquent ils ne seraient pas tenus des intérêts de plein droit. — Tel n'est pas le cas des héritiers de l'ex-tuteur qui a continué de gérer les biens après la majorité de l'ex-pupille. Ils n'ont pas de gestion à continuer. L'ex-pupille est majeur : il peut administrer ses biens. Voilà la conséquence : les héritiers de l'ex-tuteur ne sont pas tenus comme tuteurs, ni comme mandataires. Ce sont des débiteurs purs et simples. Au décès de son tuteur, l'ex-pupille devient créancier de la succession de son ancien tuteur. En cette qualité de créancier, il peut exercer son droit contre les héritiers en demandant le reliquat du compte de tutelle. Mais il ne peut faire courir les intérêts de ce reliquat contre les héritiers que dans les termes du droit commun, c'est-à-dire par une demande en justice : art. 1153. Ainsi donc, au jour du décès, le cours des intérêts s'arrête : le capital et les intérêts échus jusque-là forment une somme qui représente la dette de l'héritier. Les héritiers ne sont tenus qu'au paiement de cette somme, sans intérêt, tant que l'ex-pupille n'a pas formé une demande en justice.

5^{me} période : Depuis l'instance en reddition de compte jusqu'au jugement. L'instance fait courir les intérêts. Il n'y a pas capitalisation des intérêts, car l'art. 1154 C. Civ. est inapplicable aux intérêts d'un capital dont on demande condamnation et qui ne seront dus qu'en vertu d'un jugement.

Quant à la prescription quinquennale des intérêts, l'arrêt de la Cour de Paris l'avait écartée par le motif que le chiffre des intérêts était incertain et que ces intérêts n'étaient pas exigibles.

Compte de tutelle

D'après l'article 471 C. Civ., tout tuteur est tenu, à la fin de la tutelle, de rendre au mineur son compte de tutelle. Ce compte définitif est celui dont parle l'article 474, décidant que la somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le tuteur portera intérêt sans demande, à compter de la clôture du compte, et que les intérêts de ce qui sera dû au tuteur par le mineur ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte. L'article 472 fait aussi courir de la remise de ce compte de tutelle et des pièces justificatives la période des dix jours nécessaires à la validité d'un traité qui pourrait intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur.

Cette obligation de rendre compte subsiste aussi en cas de tutelle de fait, et elle n'en est que plus nécessaire par suite de l'irrégularité de cette tutelle, qui a fonctionné presque toujours sans le concours ni le contrôle des organes de la tutelle. Ce compte peut aussi lui être utile au cas où il aurait à se faire rembourser des dépenses nécessaires ou utiles.

La Jurisprudence s'est toujours prononcée pour l'obligation de la reddition d'un compte de tutelle par toute personne qui a administré pro tutore sans avoir la qualité de tuteur.

Ce compte de tutelle sera unique [1]. Seuls les partisans de la théorie, qui voit dans le tuteur continuant l'administration après la majorité un mandataire, enseignent à juste titre qu'il y a lieu à la reddition

(1) Rennes 20 février 1911, D. P. 1913.2.36.

de deux comptes, correspondant chacun à la période de tutelle ou de mandat.

Le compte de tutelle a encore une grande importance en cas de tutelle de fait. En effet, pour la Jurisprudence et une grande partie de la doctrine, il sert de point de départ à la prescription extinctive dont jouit le tuteur de fait qui a continué l'administration après la majorité du pupille.

De même pour la prescription acquisitive d'un tuteur qui a la possession naturelle des biens d'un mineur après la majorité de celui-ci, on ne saurait voir dans la simple présomption de la reddition d'un compte de tutelle que l'on prétendrait induire, et de l'état d'absence où se trouverait le pupille depuis sa majorité et de la prescription de l'action en reddition de compte, une interversion du titre du tuteur. « Attendu, dit avec raison le Trib. Civ. de Tours dont le jugement a été confirmé par la Cour d'Orléans [1], que P. Dubois étant en état d'absence à l'époque de sa majorité, on ne peut admettre la supposition qu'il ait reçu son compte de tutelle à sa majorité et qu'il en ait donné quittance, que c'est la présomption contraire qui seule peut être admise..., attendu dès lors que X... n'a pas cessé de posséder comme tuteur et qu'aucune interversion ne s'est produite dans le titre de sa possession ». Ce jugement voit dans cette hypothèse une tutelle de fait, allant même jusqu'à dire qu'en cas de possession naturelle par un ex-tuteur des biens d'un mineur, il y a une présomption de tutelle de fait.

---

(1) Orléans 31 déc. 1852, S. 53.2.712.

Compétence

Le Code Civil détermine dans l'article 406 le lieu d'ouverture de la tutelle : c'est celui où se trouve le domicile légal du mineur au jour où se produit le fait qui le met en tutelle. Le compte de tutelle doit donc être rendu à ce même lieu et le tribunal compétent relativement aux difficultés auxquelles peut donner lieu le compte de tutelle sera celui du lieu où la tutelle a été prise. Cette règle s'appliquera en cas de tutelle de fait et c'est dans ce sens qu'avait statué la Cour de Rouen [1] dans un arrêt rendu le 29 Mars 1870.

Dans l'hypothèse de continuation de gestion après la majorité du mineur, nous avons vu que les auteurs, qui voient dans cette administration un mandat ou une gestion d'affaires, en tirent la conséquence qu'il y a lieu à reddition de deux comptes : le compte de tutelle et un compte spécial concernant l'administration après la majorité du pupille. Celui-ci, suivant les règles du mandat, devra être rendu au mandant à son domicile.

Section II

DES SURETES EN MATIERE DE TUTELLE DE FAIT

Hypothèque légale

L'article 2121 C. Civ. est, pour les mineurs en tutelle, la meilleure et la plus sûre de toutes les garanties. Il institue en leur faveur une hypothèque légale, générale et occulte, sur les biens de leurs tuteurs. Cette hypothèque, qui prend naissance du

(1) Rouen 29 mars 1870, D. P. 73.2.70.

jour de l'entrée en fonctions et de la prise de possession de la tutelle, ne produit effet qu'à la fin de la tutelle lorsqu'il y a eu reddition du compte. C'est une mesure de protection destinée à garantir les créances, que l'incapable a acquises contre son tuteur du fait de la gestion de celui-ci, ce qui comprend en réalité toutes ses créances, mêmes celles qui existeraient au profit de l'incapable avant l'entrée en fonctions du tuteur, celui-ci devenant alors responsable de l'acquittement de sa dette, en tant que représentant de l'enfant.

Quoique cette hypothèque légale soit discutée à cause de son caractère occulte dans les cas que la loi du 23 Mars 1885 n'a pas prévu [1], la Jurisprudence n'a pas hésité à l'appliquer, toutes les fois qu'elle en a eu l'occasion, à la tutelle de fait. Elle n'a fait que suivre d'ailleurs la tradition du Droit Romain et de l'Ancien Droit.

En droit Romain, les protuteurs étaient grevés d'une hypothèque tacite et générale, prenant rang au jour de la prise de possession de la tutelle, hypothèque semblable à celle qui était concédée aux incapables du jour de l'ouverture de la tutelle sur les biens de leurs tuteurs. Cette doctrine avait son fondement dans la loi 19 § 1 D. De reb. auct jud. possit. « Si quis, dit cette loi, cum tutor non esset, pro tutore negotia gessit, privilegio locum esse manifestum est ». Et la loi 4, 25 ff. De tut et rat, dift, est aussi explicite que

(1) L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, exigeant l'inscription de l'hypothèque du mineur, vise seulement, en effet, d'une part la cessation de l'incapacité par la majorité, la main-levée du jugement d'interdiction et la libération du condamné à une peine afflictive ou infâmante, et d'autre part la mort de l'incapable.

le Digeste : « Non solum tutelae privilegiae datur in bonis tutoris; sed etiam ejus qui pro tutela negotium gessit » [1]. Dans le Droit Romain, le mineur a donc une hypothèque non seulement sur les biens du tuteur, mais aussi sur les biens de celui qui a géré comme tuteur sans l'être.

Notre Ancien Droit a conservé l'hypothèque du Droit Romain avec cette différence que, dans la plupart des Coutumes, les mineurs ont une hypothèque tacite seulement sur les immeubles de leurs tuteurs. Cette hypothèque prenait rang du jour où le tuteur avait accepté la tutelle; cependant en Normandie, pour que cette hypothèque conservât son rang, il fallait que le mineur fasse sa demande en reddition de compte dans les dix ans de sa majorité, autrement il n'avait hypothèque que du jour de la demande [2]. Par extension de l'hypothèque attribuée au mineur sur les biens du tuteur, on en était venu à considérer comme grevés de la même hypothèque les biens de celui qui, sans être réellement tuteur, en remplissait les fonctions, soit qu'il crût par erreur être réellement tuteur, soit qu'il sût qu'il ne l'était pas. Cette doctrine était généralement admise et, nous dit Lamoignon, « l'hypothèque acquise aux mineurs sur les biens de leurs tuteurs, curateurs et protuteurs, continue même pour ce qui a été géré après la majorité et la fin de la tutelle, jusqu'à la clôture et apurement du compte » [3]. Meslé est partisan de la même doctrine : « ce qu'il gère depuis la majorité du mineur jusqu'à la clôture

(1) Meslé : *Traité des Minorités, tutelles et curatelles*, p. 351.

(2) Pothier : *des Hypothèques*, chap. I, sec. 1, n° 3.

(3) Lamoignon : *Recueil des Arrêtés*, 3me part. des Hypothèques, art. 138, p. 130.

du compte doit entrer dans le compte, comme étant la suite et la continuation de son obligation et par conséquent sujet à la même hypothèque » [1].

Le Droit moderne a suivi la tradition, et la Jurisprudence, malgré l'opposition d'une partie de la doctrine, a admis l'hypothèque légale du mineur en cas de tutelle de fait. Il existe évidemment de nombreux inconvénients à adopter cette thèse, notamment l'ignorance dans laquelle se trouvent les tiers d'une hypothèque générale sur les biens du tuteur de fait avec lequel ils ont traité. A certains égards, la loi de 1855 a établi la publicité de l'hypothèque légale du mineur par une inscription prise dans l'année qui suit la cessation de la tutelle; malheureusement elle n'a pas prévu tous les cas. C'est ainsi que dans l'hypothèse de tutelle de fait après la majorité du mineur, l'hypothèque légale existera en faveur du pupille et pour la tutelle proprement dite et pour la continuation de la gestion jusqu'à la reddition du compte de tutelle. Dans cette hypothèse, les tiers qui ont traité avec le tuteur de fait, ignorant la continuation de la tutelle et ne voyant pas d'inscription prise dans l'année qui suit la cessation de la tutelle, risqueront fort de se trouver lésés, l'ex-pupille pouvant invoquer à leur rencontre son hypothèque légale.

Malgré cet argument des adversaires de l'hypothèque légale, la Jurisprudence a toujours accordé au mineur cette garantie, pourvu qu'il y ait réellement tutelle de fait. C'est ainsi que le subrogé-tuteur qui, héritier en même temps que le pupille, administre la succession entière pendant une certaine période, doit

(1) Meslé : *Traité des Minorités, tutelles et curatelles*, p. 350.

être considéré à cet égard comme un tuteur de fait, et par conséquent ses biens sont soumis à l'hypothèque légale.

La femme remariée, qui n'a pas demandé l'autorisation au conseil de famille, voit elle aussi sa responsabilité, à raison de la gestion par elle indûment conservée, garantie par l'hypothèque légale de l'article 2121 [1]. Vainement, dirait-on, que par cela même que, dans l'hypothèse prévue au texte, la loi déclare la mère déchue de plein droit de la tutelle, elle affranchit aussi de l'hypothèque légale la gestion postérieure au second mariage qui ne présente plus aucun des caractères de la tutelle. En tirant de l'article 395 une pareille conclusion, qui serait toute à l'avantage des créanciers et ayants cause de la mère, on se mettrait en opposition manifeste avec l'esprit de la loi. Il faut d'ailleurs remarquer que tout en déclarant la mère déchue de plein droit de la tutelle, l'article 395 n'en qualifie pas moins de tutelle la gestion indûment conservée, indiquant par là que cette gestion doit, en ce qui concerne les obligations de la mère et la garantie du mineur, être considérée comme une tutelle. Il ne saurait en être autrement puisqu'en négligeant de se conformer aux prescriptions de l'article 395, la mère qui veut convoler en secondes noces commet comme tutrice une faute dont les conséquences doivent être garanties par les sûretés attachées à la tutelle [2].

Mais en même temps son mari cotuteur de fait verra aussi ses immeubles grevés de l'hypothèque

(1) Req. 27 juin 1877, D. P. 78.1.412, S. 79.1.55 ;
Req. 23 avril 1902, D. P. 1902.1.309, S. 1904.1.506.

(2) Req. 1825, S. 26.1.298.

légale : il se trouve associé, en effet, à la gestion de sa femme qui est une véritable tutelle. De plus, si la loi avait été observée, il serait cotuteur et grevé de l'hypothèque : il ne peut par sa faute améliorer sa propre situation et diminuer les sûretés des enfants du premier lit ou des autres pupilles. D'un autre côté cette situation ne blesse en aucune façon les intérêts légitime des tiers, puisque l'existence antérieure de la tutelle et la célébration du second mariage sont des faits légalement présumés publics dont, en l'absence de toute nomination d'un autre tuteur, ils pourraient et devraient tirer la conséquence que la mère avait été maintenue dans la tutelle et que son nouvel époux lui avait été donné pour cotuteur.

Le Droit Romain consacrait expressément cette solution dans la Novelle 22 chap. 40 : « Si autem tutelam gerat mulier filiorum et deinde, et ad maritum veniat secundum non prius tutorem petens, et rationem reddens et exolvens omne quidquid hinc debet; non solum quae ejus sunt, in hypothecam habere lex permittit filiis; sed etiam mariti substantiam trahit cum hypothecis. »

Mais de même que s'est posée la question de savoir dans quelle mesure la responsabilité du mari cotuteur de fait était engagée, il faut déterminer aussi les actes que garantit l'hypothèque légale de l'art. 2.121. C'est encore le Droit Romain qui, étendant au passé les effets de l'hypothèque affectant les biens du second mari, en donne la solution. « Si mater, dit la loi C. C. In quib. caus, etc., légitime liberorum tutela suscepta, ad secundas contra sacramentum praestitum adspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque quod debetur ex ratione tute-

lae gestae persolverit, mariti quoque ejus praeteritae tutelae gestae ratiociniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia. » L'on trouve aussi dans ce sens dans l'Ancien Droit français un arrêt du Parlement de Provence du 3 Mai 1672 rapporté au Journal du Palais [1].

Il est tout à fait normal, en effet, que cette hypothèque suive le sort de l'obligation à laquelle elle se rattache et que par conséquent elle s'étende, comme dans le Droit Romain, aux actes de gestion antérieurs, comme à ceux postérieurs au mariage [2].

De même lorsque la tutelle finit par un fait du tuteur emportant destitution, la tutelle continue avec toutes ses conséquences légales depuis le jour de la destitution jusqu'au jour de l'entrée en fonctions du nouveau tuteur; en sorte que si le tuteur destitué administre encore pendant quelque temps les biens du pupille, qu'il reçoive par exemple des capitaux et les dissipe, il est soumis à l'hypothèque légale pour ces faits nouveaux. Dans ce passage d'une tutelle à l'autre, il importe que le mineur ne reste pas sans garantie, et sa cause, dans le cas proposé, est plus digne d'attentions que celle de l'ex-tuteur. Il en est de celui-ci comme du fonctionnaire remplacé qui reste en fonctions jusqu'à la prise de possession de son successeur.

Il a été jugé aussi que le mineur jouissait de l'hypothèque légale en garantie non seulement des créances qui existent contre le tuteur de fait du fait de sa gestion, mais encore de celles qui existeraient au profit de l'incapable avant l'entrée en fonctions du tuteur,

---

(1) Meslé : *Traité des Minorités, tutelles et curatelles*, p. 351.

(2) Poitiers 28 déc. 1824 ; Nîmes 30 nov. 1831.

celui-ci devenant alors responsable de l'acquittement de sa dette, en tant que représentant l'enfant[1]. Si au lieu d'un tuteur de droit, c'est un tuteur de fait qui gère le patrimoine pupillaire, l'hypothèque légale existera pour la garantie des créances que le mineur possédait contre lui avant qu'il ne s'empare de la tutelle.

Il faut donc admettre l'existence, en faveur du pupille, d'une hypothèque légale contre tout tuteur, de droit ou de fait, qui gère le patrimoine pupillaire. Cette hypothèque est la garantie la meilleure d'une bonne administration tutélaire et l'on ne comprendrait pas que, sous prétexte que l'intérêt des tiers est en jeu, on refuse cette sûreté au mineur qui court les plus graves dangers par suite de l'irrégularité de la tutelle.

(1) Req. 28 nov. 1898, D. P. 99.1.88, S. 99.1.9.

APPENDICE

TUTELLE DE FAIT
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Les hypothèses de tutelle de fait, que nous avons étudiées en Droit Français, peuvent aussi se rencontrer en D. I. P., avec cette différence qu'elles donnent lieu à des difficultés plus grandes car le tuteur et le mineur sont de nationalité différente. Il faudra rechercher, pour la solution de ces difficultés, l'existence de lois dans la législation dont les ayants cause ressortent et à leur défaut dans la Jurisprudence. Les tribunaux français se sont trouvés à diverses reprises devant des hypothèses semblables. Aussi en se référant à ces jugements et arrêts et surtout aux théories de la Doctrine, il nous sera possible de préciser les hypothèses de tutelles de fait et d'en donner les solutions les plus équitables.

On sait que le système généralement admis en D. I. P. en matière de tutelle est celui de la loi personnelle, c'est-à-dire de la loi nationale des parties. Mais en cas de nationalité différente, il y a conflit de lois. Il est très fréquent qu'une même question crée,

entre plusieurs personnes, une telle indivisibilité de situation que la difficulté qui les divise doive nécessairement être tranchée par l'application d'une seule et même loi. Au cas où ces personnes sont de nationalité différente, quelle est celle dont le statut personnel devra l'emporter? La grande majorité de la Doctrine enseigne la préférence du statut personnel du mineur à celui du tuteur.

De multiples conflits peuvent aussi naître de la situation des biens dans un pays autre que celui du domicile ou de la nationalité. Quels actes pourra faire sur ces biens le représentant légal? En d'autres termes, y a-t-il unité de tutelle, unité d'administration de ces biens situés dans différents pays, ou au contraire doit-on admettre une pluralité d'administrations, chacune s'adaptant à la loi du pays où sont situés ces biens?

Le Droit anglo-américain admet la diversité des tutelles et c'est à la loi locale à protéger les intérêts pécuniaires situés dans son ressort. Cependant s'inspirant de la courtoisie internationale, ces pays pourront donner l'investiture au tuteur, principe qui se maintient sans restriction pour les immeubles. Et alors le représentant légal administrera, conformément à la loi anglo-américaine, les biens situés dans ces pays.

Par contre le Droit continental admet l'unité de tutelle et ce sera la loi nationale du pupille qui fixera le mode d'administration et le siège de la tutelle. « En effet, les lois sur la tutelle ont pour but, non de fixer au mieux des intérêts généraux la manière d'être des choses, mais d'organiser la protection des incapables. Peu importe qu'indirectement elles influent sur la

transmission des biens et l'entourent de formalités la rendant plus difficile : ces formes, pour sauvegarder les mineurs propriétaires ou titulaires de droits réels, apparaissent comme des conséquences de leur incapacité. Elles offrent donc un caractère tout personnel et dépendent de la loi qui s'applique à la personne elle-même » [1].

Cependant malgré la quasi-unanimité de la Doctrine, la Jurisprudence n'a pas admis cette façon de voir et a au contraire fait prévaloir la loi nationale du tuteur quand celui-ci était Français [2]. C'est ainsi que la Chambre Civile de la Cour de Cassation a déclaré que lorsque la mère était française, il ne fallait pas suivre une loi étrangère parce que « les principes de la souveraineté s'opposent à ce que cette loi puisse prévaloir en France contre la loi française » [3]. Ainsi que l'enseigne M. Pillet, cette solution est vraiment trop simpliste et ne peut se justifier dans aucun système [4].

D'après ce système, quand un mineur français est sous la tutelle d'un étranger, c'est la loi française qui s'applique, et en cas de tutelle de fait, ce sont les règles de la tutelle du Droit français qui le régiront.

Mais si c'est un mineur étranger qui est sous la tutelle d'un Français, doit-on admettre le système de la Jurisprudence qui donne la prédominance à la loi du tuteur? Cela ne paraît pas admissible, et il faut

---

(1) Chavegrin : *De la tutelle des mineurs en D. I. P.*, Revue critique de Législation et Jurisprudence 1883, p. 498.

(2) Seine 3 avril 1884, Clunet 84, p. 521 ;
Paris 28 juin 1889, Clunet 90, p. 329 ;
Bordeaux 23 juillet 1897, S. 1900.2.891, D. P. 1901.2.267.

(3) Civ. 13 janv. 1873, D. 73.1.297, S. 73.1.13.

(4) Pillet : *Manuel de D. I. P.*, p. 578.

décider au contraire que la détermination du fonctionnement de la tutelle, de fait comme de droit, et de la responsabilité qui en découle pour le tuteur, sera régie par la loi personnelle de l'incapable. Cette Jurisprudence qui applique la loi française quand un Français est en cause, qu'il soit tuteur ou mineur, est une manifestation d'un nationalisme outrancier qui pourrait amener les pays étrangers à répondre de la même façon en adoptant le système de la réciprocité.

Des ententes ont été cherchées entre les pays, en matière de tutelle et, dès 1869, il intervient un traité entre la France et la Suisse (15 Juin 1869) qui décide l'application de la loi nationale du mineur. La Convention de La Haye signée le 12 Juin 1907 et promulguée en France par le décret du 17 Juin 1904 [1], dénoncée par la France en 1914, est venue établir les règles primordiales en cette matière. Elle ne s'est malheureusement pas préoccupée de la tutelle de fait et ne donne aucun principe directeur au cas de rencontre d'une situation de ce genre.

Pourquoi alors ne pas se reporter simplement, au cas de tutelle de fait exercée par un étranger sur un pupille français, au principe de l'assimilation de la tutelle de fait à la tutelle légale, et dans l'hypothèse inverse d'un tuteur français et d'un mineur étranger, pourquoi ne pas suivre la loi nationale de ce mineur? Et suivant que la loi étrangère verra, dans une hypothèse de tutelle irrégulière une tutelle de fait, ou un mandat ou une gestion d'affaires, la Jurisprudence française devra appliquer les règles correspondantes. Les raisons ne sont-elles pas les mêmes qu'en Droit

(1) J. O. du 26 juin 1904.

Français, l'intérêt du mineur ne doit-il pas passer avant toutes autres considérations tirées de l'intérêt politique des Etats? Et comme l'a dit M. Pic [1] : « Ce qui est vrai du tuteur de droit doit l'être du tuteur de fait. En d'autres termes, c'est la loi du mineur qui doit logiquement déterminer l'étendue des obligations du tuteur de fait : la circonstance qu'une personne s'est emparée irrégulièrement de la gestion des biens d'un mineur ne saurait créer à son profit une situation privilégiée et lui permettre de se retrancher derrière des dispositions, plus favorables par hypothèse, de sa propre loi. »

Il faut donc admettre, suivant l'opinion de la Doctrine et contrairement à la Jurisprudence française, l'application de principe de la loi nationale du mineur de préférence à celle du tuteur, sauf à s'en remettre à la loi de la résidence quand le mineur sera heimatlos.

Ce sera donc la loi nationale du pupille qui décidera de l'existence d'une tutelle de fait et du lieu d'ouverture de cette tutelle.

Il faudra aussi se reporter à la loi nationale du mineur pour connaître les incapacités et les causes d'exclusion et de destitution des tuteurs. Il est très juste, en effet, que la loi qui trace la mission du tuteur et du subrogé-tuteur, soit seule compétente pour déterminer les garanties morales que chacun d'eux doit présenter et qui varient selon la nature de cette mission, selon le contrôle tantôt rigoureux, tantôt peu sévère, auquel le personnel de la tutelle est assujetti. Suivant que les conditions pour pouvoir être tuteur seront sévères ou non, les pouvoirs de ce tuteur seront

---

(1) Note sous arrêt d'Alger, 5 mai 1896, D. P. 99.2.409.

plus ou moins grands. Aucune législation n'a jamais permis à quiconque de devenir tuteur. L'Ancien Droit exigeait autrefois pour la tutelle la même capacité que pour les offices royaux. Le Code de 1804 n'a pas gardé cette même exigence, mais les articles 442, 443, 444 donnent une énumération des causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle. Lors de la publication du Code Civil, les rédacteurs, qui considéraient la tutelle comme une charge publique, faisaient prévaloir leur opinion à savoir que, pour être tuteur, il fallait être capable d'exercer des fonctions publiques et par conséquent que la tutelle était réservée aux seuls nationaux. Cette idée fait place, au cours du XIX[e] siècle, après une large évolution, à l'idée contraire. La Cour de Cassation, le 16 Février 1875 [1], accorde à une personne, non capable d'exercer les fonctions publiques, la tutelle d'un mineur. De plus, contrairement à l'opinion de Pothier qui soutenait que « la tutelle dative étant une charge publique, les aubains en sont exclus » [2], et répudiant l'ancienne théorie jurisprudentielle qui refusait la tutelle aux étrangers [3] et voyait dans ceux-ci des tuteurs de fait, de nombreux arrêts et jugements accordent, à dater de la seconde moitié du XX[e] siècle, la tutelle à des étrangers, même non parents [4].

Au principe de l'application de la loi nationale du mineur, nous admettrons cependant un tempérament

(1) Cass. 16 févr. 1875, D. P. 76.1.49.
(2) POTHIER : *Traité des Personnes*, tit. VI, sect. 4, art. 1, § 2.
(3) Colmar 23 juil. 1817, S. 18.2.250 ;
Bastia 5 juin 1838.
(4) Briey 24 janvier 1878, Clunet 1879, p. 285 ;
Paris 21 août 1879, Clunet 1880, p. 196 ;
Nancy 29 oct. 1898, D. 1899.2.209 ;
Seine 29 déc. 1906, Clunet 1907, p. 717 ;
Alger 1908, Revue D. I. P. 1910, p. 456,

au sujet des causes d'excuse des tuteurs. Ainsi que l'enseigne M. Pillet [1], il faudra tenir compte dans une certaine mesure de la loi du tuteur quand celle-ci édicte des excuses légales [2], celles-ci étant établies et dans l'intérêt du tuteur et dans celui du pupille; de là peuvent provenir des hypothèses de tutelle de fait, si le tuteur s'est excusé et a géré malgré son excuse.

La loi personnelle du mineur détermine aussi les événements qui mettent fin à la tutelle. Il en est ainsi pour la détermination de l'âge de la majorité du pupille, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les lois étrangères qui fixeraient l'âge de la majorité légale à une époque plus tardive et celles au contraire qui le fixeraient à une époque moins avancée que la loi française. Il est vrai que, suivant en cela la théorie exposée plus haut, la Jurisprudence française écarte l'application du statut personnel de l'étranger et tient celui-ci, mineur d'après sa loi, pour majeur d'après la loi française dans les cas où le litige met en présence un débiteur étranger qui excipe de son incapacité et un créancier français de bonne foi [3].

Toutes les questions soulevées par l'administration du tuteur de fait devront être tranchées par la loi personnelle du mineur. Suivant la législation du pays dont ressortit le mineur, il y aura nullité absolue ou seulement relative des actes accomplis par le tuteur de fait. A ce point de vue cependant, la Jurisprudence

---

(1) PILLET : *Manuel de D. I. P.*

(2) Rouen, 9 mars 1870, D. P. 73.2.70 ;
Trib. Civ. Nice 17 juin 1901, Clunet 1901.

(3) Req. 16 janv. 1861, D. P. 61.1.193 ;
Paris 8 févr. 1883, D. P. 84.2.24 et 22 mai 1885, D. P. 86.2.14.

française tend à faire prévaloir cette idée que l'application d'une loi étrangère ne doit pas préjudicier à l'intérêt des Français [1], tout au moins quand ceux-ci sont de bonne foi, c'est-à-dire s'ils ont commis une erreur excusable sur la capacité du co-contractant et n'ont à se reprocher aucune légèreté ou imprudence [2]. L'exagération de cette théorie est manifeste et porterait un grave préjudice au mineur étranger dont le tuteur de fait aurait contracté avec un Français, l'intérêt du contractant français l'emportant dans la plupart des cas sur l'intérêt du mineur étranger dans une pareille théorie.

Cette théorie de la Jurisprudence ne saurait être exacte que si le mineur était ressortissant d'un pays, faisant application de la théorie de l'ordre public qui tend à écarter exceptionnellement l'application d'une loi étrangère, malgré sa compétence : par réciprocité la Jurisprudence française pourrait alors appliquer la loi française.

C'est encore la loi personnelle du mineur qui limitera le délai dans lequel est enfermé l'exercice de son action en rescision, à moins bien entendu qu'il n'oppose la nullité de l'acte, auquel il est intervenu, par voie d'exception aux poursuites dirigées contre lui, l'exception durant aussi longtemps que l'action contre laquelle elle sert de moyen de défense.

De même pour l'étendue de la responsabilité du tuteur de fait et la prescription de l'action du mineur, on se reportera à la loi nationale de celui-ci.

---

(1) Seine 28 janv. 1916, Revue critique 1921, 96.

(2) Cass. 16 janv. 1861, S. 1861.1.305.

C'est elle enfin qui nous fera connaître la portée et la durée des garanties du mineur en cas de tutelle de fait. Si le mineur est Français et le tuteur de fait étranger, toutes les garanties édictées par la législation française sur la tutelle seront accordées à ce mineur : ainsi le mineur quoique parvenu à l'âge de seize ans ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur (art. 907 et 911); de même le mineur devenu majeur et à qui le compte de tutelle n'a pas été rendu, ne pourra disposer soit par donation, soit par testament au profit de celui qui aura été son tuteur; il ne pourra transiger avec son tuteur de fait (art. 2.045). Celui-ci ne pourra pas acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille (art. 450, alin. 3). Le tuteur de fait devra les intérêts des sommes non employées (art. 455 et 456) et tout traité passé entre lui et son pupille devenu majeur sera nul si le compte de tutelle n'a pas été rendu par le tuteur, avec remise des pièces justificatives et constatation par un récépissé de l'ayant compte, dix jours au moins auparavant (art. 472).

Seule l'hypothèque légale accordée par la loi française au mineur serait susceptible de donner lieu à des interprétations diverses. En effet, l'hypothèque légale, droit civil, ne peut être invoquée par les étrangers ordinaires et il n'y a que les étrangers privilégiés qui puissent l'exercer dans la mesure où elle est accordée à la fois par leur loi nationale et la lex rei sitae. Cette solution qui n'a été admise qu'après de longues discussions, est à l'heure actuelle soutenue par l'unanimité de la Doctrine et de nombreux arrêts l'ont consacrée.

Il avait paru suffisant à certains auteurs que la lex rei sitae admit l'hypothèque en général pour que le mineur puisse invoquer l'hypothèque légale. Ainsi l'hypothèque légale du mineur existerait sur les immeubles du tuteur de fait alors que la loi personnelle du mineur ne la prévoirait pas. En effet, quand une tutelle est organisée en France par mesure de police et de sûreté, pour la protection d'un mineur étranger, et non dans la patrie de celui-ci, la loi française régissant la tutelle, le mineur doit jouir des avantages qu'elle accorde, sans que l'art. 11 lui soit opposable [1]. C'est là une tutelle provisoire. Par analogie, si un Français s'est emparé indûment de l'administration du patrimoine d'un mineur étranger en France et que la loi nationale de ce mineur reconnaisse là une tutelle de fait, ne doit-on pas, en raison de la faute commise par le tuteur de fait en s'emparant de la gestion, accorder comme garantie au mineur étranger une hypothèque sur les biens de celui qui gère indûment, alors même que la législation du pupille ne lui accorderait pas cette sûreté en raison des faits relatifs à la tutelle? Dans cette hypothèse, l'hypothèque pourrait être considérée comme la sanction de la faute commise par le tuteur de fait.

Cette théorie n'a pas prévalu et aujourd'hui tous les jugements et arrêts décident que le mineur ne peut jouir de l'hypothèque légale sur les biens de son tuteur de fait qu'au cas où la lex rei sitae [2] et la loi personnelle du mineur l'accordent. Et encore faut-il

---

(1) Bourges 4 août 1874, S. 75.2.69 ;
Trib. Civ. Nancy 6 août 1895, Clunet 1896, p. 619

(2) Bordeaux 23 juil. 1897, S. 1900.2.89, D. P. 1901.2.267 ;
Civ. 1873, D. P. 73.1.197, S. 73.1.13.

que les conditions de publicité et de spécialité [1] exigées par la loi personnelle du mineur soient remplies. C'est en effet, celle-ci qui doit prévoir les garanties de la tutelle qu'elle organise, garanties faisant partie intégrante de la constitution de cette tutelle et sans lesquelles elle serait faussée dans son principe.

(1) Ainsi les mineurs belges et italiens auront une hypothèque soumise à la spécialité et à la publicité (Loi belge du 16 septembre 1851 et art. 49 et 292 du Code italien).

CONCLUSION

Dans cette étude de la tutelle de fait, nous avons montré l'intérêt qui existe pour le mineur de jouir d'une protection efficace, surtout dans l'hypothèse d'une gestion par un tuteur irrégulier. C'est la raison pour laquelle nous avons conclu à l'assimilation du tuteur de fait au tuteur de droit, avec cette réserve qu'à sa majorité, l'ex-pupille pourra demander la nullité des actes, passés par son tuteur, qui lui sont préjudiciables.

Et l'on ne saurait trop attirer l'attention du législateur en cette matière, où l'ordre public est intéressé. C'est pourquoi on doit regretter que les rédacteurs du Code Civil n'aient pas établi un texte de principe, relatif à la tutelle de fait. Les tribunaux, liés par les textes positifs, ne peuvent pas toujours donner une solution adéquate aux problèmes qui se présentent et dans l'élaboration de leurs théories, risquent de commettre des excès ou hésitent à interpréter largement les textes du Code.

Il serait souhaitable qu'une intervention du législateur ait lieu pour préciser et élargir la portée de l'article 472 C. C., faisant ainsi rentrer dans la catégorie des « traités défendus » le mandat donné par le mineur devenu majeur au tuteur qui n'a pas

encore rendu son compte de tutelle. Les abus d'influence de la part du tuteur sur son ex-pupille, redoutés avec juste raison, seraient ainsi réduits dans une large mesure.

De plus, la loi pourrait demander que la majorité du pupille ait son point de départ, non plus seulement de l'indispensable limite d'âge, mais encore de la reddition effective du compte de tutelle. Etant donné le grand nombre d'administrations irrégulières qui continuent après la majorité du pupille, on ne saurait trop souhaiter qu'une réforme intervint ici, chargeant ces gérants irréguliers d'une responsabilité étendue, semblable à celle de la tutelle.

Enfin il est assez surprenant dans une législation aussi avancée que la nôtre, de voir confier un patrimoine, souvent très important, à une personne capable légalement, mais pratiquement ignorant et la consistance de ce patrimoine et la façon de le gérer. Le Code Civil allemand est peut-être allé un peu loin en laissant la faculté au tribunal des tutelles de déclarer majeur le mineur de dix-huit ans, s'il est reconnu apte à la conduite de ses affaires. Mais entre ces deux conceptions législatives, il y aurait peut-être une solution plus juste à appliquer. Celle-ci d'ailleurs n'existe-t-elle pas, dans notre Code Civil? L'émancipation, dérivée de la venia aetatis romaine, est, en effet, une institution excellente; on ne peut que regretter qu'elle soit facultative et en fait assez rare. Lors des travaux préparatoires, il avait été question d'accorder de plein droit le bénéfice de l'émancipation aux mineurs n'ayant plus ni père, ni mère et parvenus à l'âge de dix-huit ans, de faire ainsi de l'émancipation une sorte de stage destiné à préparer

l'enfant à une capacité complète. Mais ce système ingénieux fut abandonné et il serait à souhaiter qu'il soit repris.

Grâce à toutes ces mesures, la protection des mineurs serait réalisée d'une façon efficace, remplissant ainsi le but de la tutelle, car « l'avantage du pupille est la seule considération qui doit présider à l'organisation des institutions tutélaires » [1].

Vu :

Le Doyen :

Ch. BODIN.

Vu :

Le Président de la thèse :

Roger LENOAN.

Vu et approuvé :

Rennes, le 7 Mars 1934.

Le Recteur :

DAVY.

(1) Lerebours-Pigeonnière, Revue trimestrielle 1905, p. 709.

IMP. PROVINCIALE DE L'OUEST — RENNES